

**TRIBUNAL ARBITRAL DE DIRECTV COLOMBIA LTDA. vs.
AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISIÓN – ANTV, hoy
MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS
COMUNICACIONES – MINTIC**

LAUDO ARBITRAL

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil diecinueve (2020).

Agotadas las etapas procesales previstas en el Estatuto de Arbitraje (Ley 1563 de 2016), el Tribunal Arbitral conformado para dirimir las controversias jurídicas entre **DIRECTV COLOMBIA LTDA.** y la **AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISIÓN – ANTV**, hoy **MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES – MINTIC**, relacionadas con el Contrato de Concesión No. 057 de 1996, profiere el presente laudo arbitral:

1. ANTECEDENTES

1.1 PARTES Y REPRESENTANTES

1.1.1 Parte convocante

La parte convocante en este proceso es la sociedad **DIRECTV COLOMBIA LTDA.**, persona jurídica de derecho privado, identificada con NIT 805.006.014-0, representada legalmente por **JUAN CAMILO CASTRO SALCEDO**, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.063.219.

Como apoderado para este proceso, la parte convocante designó al abogado **ALAIN BOSSUET NIÑO RIAÑO**, identificado con cédula de ciudadanía No. 7.161.977 y portador de la tarjeta profesional No. 78.609.

1.1.2 Parte convocada

La parte convocada en este proceso fue la **AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISIÓN – ANTV**, entidad pública suprimida y liquidada por disposición del artículo 39 de la Ley 1978 de 2019, motivo por el cual fue sustituida en este proceso por el **MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES – MINTIC**.

Como apoderado para este proceso, la parte convocada designó al abogado **ÓSCAR IBÁÑEZ PARRA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.717.575 y portador de la tarjeta profesional No. 103.882.

1.2 EL PACTO ARBITRAL

El pacto arbitral que sirve de fundamento a este proceso arbitral está contenido en la CLÁUSULA DÉCIMA del Contrato de Concesión No. 057 de 1996, adicionada mediante Otrosí No. 10 del 21 de enero de 2011. En dicha cláusula se dispuso:

“Toda controversia o diferencia relativa a este contrato y a su ejecución y liquidación, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento, que se sujetará a lo dispuesto en las leyes vigentes sobre la materia y al reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C., lugar en el cual funcionará y tendrá su sede

el Tribunal de acuerdo con las siguientes reglas: **a.** El Tribunal estará integrado por tres (3) árbitros designados de común acuerdo por las partes, si ello no fuere posible serán designados por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C. **b.** La organización interna del Tribunal se sujetará a las reglas previstas para el efecto por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá D. C. **c.** El Tribunal decidirá en derecho. **d.** En ningún caso se someterán al Tribunal las causales y los efectos de la cláusula de caducidad”.

1.3 ACTUACIONES PROCESALES

1.3.1 Conformación e instalación del Tribunal Arbitral

1.3.1.1 El 7 de noviembre de 2018 **DIRECTV COLOMBIA LTDA.**, con fundamento en la cláusula compromisoria contenida en la CLÁUSULA DÉCIMA del Contrato No. 057 de 1996, presentó demanda arbitral ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá en contra de la **AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISIÓN – ANTV**.

1.3.1.2 Ante la falta de acuerdo entre las partes sobre la designación de los árbitros, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá llevó a cabo un sorteo el 26 de febrero de 2019, en el que resultaron elegidos como árbitros principales **CARLOS GONZÁLEZ VARGAS**, **SAMUEL YONG SERRANO** y **CARMENZA MEJÍA MARTÍNEZ**, y como árbitros suplentes **GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN**, **ÉDGAR EDUARDO CORTÉS PRIETO** y **BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ**.

1.3.1.3 El árbitro principal **SAMUEL YONG SERRANO** aceptó su designación dentro del término de cinco (5) días señalado en el numeral 1º del artículo 14 de la Ley 1563 de 2012.

1.3.1.4 Los árbitros principales **CARLOS GONZÁLEZ VARGAS** y **CARMENZA MEJÍA MARTÍNEZ** declinaron aceptar y en su reemplazo fueron designados los árbitros suplentes **GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN** y **ÉDGAR EDUARDO CORTÉS PRIETO**, quienes aceptaron oportunamente su designación.

1.3.1.5 Ninguna de las partes objetó la designación de los árbitros dentro del término de cinco (5) días previsto en el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012.

1.3.1.6 El 20 de mayo de 2019 se llevó a cabo la audiencia de instalación del Tribunal Arbitral. En esta audiencia se dictó el Auto No. 1 en el cual se nombró como Presidente del Tribunal al árbitro **GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN** y a **LUIS FERNANDO SERENO PATIÑO** como Secretario.

1.3.2 Admisión de la demanda arbitral, contestación de la demanda por parte de la convocada, y contestación de excepciones

1.3.2.1 En la misma audiencia de instalación del Tribunal Arbitral, se dictó el Auto No. 2 que inadmitió la demanda y concedió a la convocante, **DIRECTV COLOMBIA LTDA.**, un término de cinco (5) días hábiles para subsanarla.

1.3.2.2 La convocante subsanó su demanda y por este motivo el Tribunal la admitió mediante Auto No. 3 del 31 de mayo de 2019, ordenando correr traslado de la misma a la convocada, **ANTV**.

1.3.2.3 El 6 de agosto de 2019 la Procuradora 131 Judicial II de Conciliación Administrativa de Bogotá, **DIANA JANETHE BERNAL FRANCO**, informó que había sido designada como representante del Ministerio Público en el proceso.

1.3.2.4 El 13 de agosto de 2019 la convocada contestó la demanda dentro del término legal.

1.3.2.5 Por Auto No. 4 del 21 de agosto de 2019, el Tribunal ordenó dar traslado a la convocante de la contestación de la demanda presentada por la convocada.

1.3.2.6 El 28 de agosto de 2019 la convocante se pronunció frente a la contestación de la demanda presentada por la convocada.

1.3.3 Audiencia de conciliación y pago de honorarios y gastos

1.3.3.1 El 19 de noviembre de 2019 se llevó a cabo la audiencia de conciliación, pero previamente a esta, se dictó el Auto No. 10 mediante el cual se reconoció al **MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES – MINTIC** como sucesor procesal de la convocada, **AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISIÓN – ANTV**, entidad pública suprimida y liquidada por disposición del artículo 39 de la Ley 1978 de 2019. Igualmente, se reconoció personería al abogado **ÓSCAR IBÁÑEZ PARRA**, como apoderado especial del **MINTIC**.

1.3.3.2 En la audiencia de conciliación no fue posible que las partes acercaran sus posiciones y llegaran a un acuerdo, motivo por el cual el Tribunal procedió a dictar dos autos, el No. 11 que declaró fracasada la conciliación y el No. 12 que fijó los honorarios y gastos del proceso arbitral.

1.3.3.3 Dentro del término inicial de diez (10) días concedido a las partes para que consignaran por mitades los honorarios y gastos, la convocante consignó lo que le correspondía mientras que la convocada se abstuvo de hacerlo. Ante esto, la convocante, dentro del término adicional de cinco (5) días previsto en el inciso 2º del artículo 27 de la Ley 1563 de 2012, consignó la parte de los honorarios y gastos del proceso arbitral que debía consignar la convocada.

1.3.3.4 Unos días después del segundo pago realizado por la convocante, la convocada consignó la parte que le correspondía.

1.3.3.5 Por Auto No. 19 del 27 de enero de 2020, se ordenó reintegrar a la convocante el pago que hizo para cubrir la parte de los honorarios y gastos del proceso arbitral que debía pagar la convocada.

1.3.4 Primera audiencia de trámite

1.3.4.1 El 27 de enero de 2020 se adelantó la primera audiencia de trámite durante la cual el Tribunal dictó el Auto No. 16, declarándose “competente para conocer y decidir en derecho las controversias patrimoniales contenidas

en la demanda arbitral..., las excepciones perentorias formuladas y la respuesta a las mismas”.

1.3.4.2 Contra el auto anterior la convocante interpuso recurso de reposición, el cual se resolvió el Tribunal mediante Auto No. 17, confirmando su decisión.

1.3.4.3 En la misma primera audiencia de trámite, el Tribunal dictó el Auto No. 18 resolviendo lo concerniente a las pruebas solicitadas por las partes.

1.3.5 Etapa probatoria

1.3.5.1 En el Auto No. 18 del 27 de enero de 2020 decretó los testimonios de **EDGARDO MOSCA, JAIME MONROY, JUAN CAMILO CASTRO SALCEDO** y **MARINA ORTEGA MONTERO**, solicitados por la convocante, y los testimonios de **FABIOLA TELLEZ FONTECHA, EDUARDO CHACON ANDRADE** y **CLAUDIA SILVA**, solicitados por la convocada.

1.3.5.2 El 16 de abril de 2020 la convocante manifestó que desistía de los testimonios de los señores **JAIME MONROY** y **JUAN CAMILO CASTRO SALCEDO**.

1.3.5.3 El 21 de abril de 2020, el Tribunal dictó el Auto No. 24, aceptando el desistimiento de la convocante respecto de los testimonios de los señores **JAIME MONROY** y **JUAN CAMILO CASTRO SALCEDO**.

1.3.5.4 El 2 de septiembre de 2020 se practicó el interrogatorio del señor **EDGARDO MOSCA** y parcialmente el de la señora **MARINA ORTEGA MONTERO**.

1.3.5.5 El 7 de septiembre de 2020 se continuó con el interrogatorio a la señora **MARINA ORTEGA MONTERO**.

1.3.5.6 El 18 de septiembre de 2020 se completó el interrogatorio a la señora **MARINA ORTEGA MONTERO** y se practicó el interrogatorio de la señora **FABIOLA TELLEZ FONTECHA**. Al final de la audiencia el apoderado de la parte convocada desistió del testimonio de la señora **CLAUDIA SILVA**, lo cual aceptó el Tribunal en su Auto. No. 31.

1.3.5.7 El 23 de septiembre de 2020 se practicó el interrogatorio del señor **EDUARDO CHACON ANDRADE** y se declaró cerrado el debate probatorio.

1.3.6 Alegatos de las partes, concepto del Ministerio Público y fijación de fecha para lectura de la parte resolutive del laudo

1.3.6.1 En audiencia celebrada el 30 de octubre de 2020, el Tribunal Arbitral escuchó las alegaciones de las partes y el concepto del Ministerio Público. Al final de la audiencia el Tribunal dictó el Auto No. 32 fijando el 30 de noviembre de 2020 como fecha para la lectura de la parte resolutive del laudo arbitral. Igualmente, negó la solicitud de la representante del Ministerio Público para que el proceso se suspendiera por prejudicialidad debido a que esto se encuentra expresamente prohibido en el inciso final del artículo 11 de la Ley 1563 de 2012.

1.3.7 Término de duración del proceso

El artículo 10 de la Ley 1563 de 2013 establecía que el término de duración del presente proceso no debía ser mayor a seis (6) meses, contados a partir de la primera audiencia de trámite. No obstante, esta disposición fue modificada por el inciso 5º del artículo 10 del Decreto-ley 491 de 2020 de la siguiente manera: “En el arbitraje, el término previsto en el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012 será de ocho (8) meses; y el término para solicitar la suspensión del proceso previsto en el artículo 11 de la Ley 1563 de 2012 no podrá exceder de ciento cincuenta (150) días”.

Después de la primera audiencia de trámite (27 de enero de 2020), el presente proceso, por solicitud de las partes, fue suspendido varias veces entre las siguientes fechas:

Fecha de inicio de la suspensión	Fecha final de la suspensión	Días hábiles
20 de marzo de 2020	20 de abril de 2020	19
21 de abril de 2020	21 de mayo de 2020	22
24 de junio de 2020	15 de julio de 2020	15
24 de septiembre de 2020	29 de octubre de 2020	24
31 de Octubre de 2020	29 de noviembre de 2020	18
TOTAL DÍAS HÁBILES DE SUSPENSIÓN		98

Teniendo en cuenta que la primera audiencia de trámite fue celebrada el 27 de enero de 2018, el presente proceso no debió extenderse más allá del 27 de septiembre de 2018, sin embargo, como el proceso fue objeto de cinco suspensiones por común acuerdo entre las partes, que en total sumaron noventa y ocho días hábiles, máximo podía extenderse hasta el 19 de febrero de 2021.

Lo anterior significa que el presente laudo arbitral se profiere dentro del término establecido por la ley.

2. FIJACIÓN DEL LITIGIO

2.1 LA DEMANDA ARBITRAL

2.1.1 Pretensiones

En su demanda arbitral presentada el 7 de noviembre de 2018, subsanada el 27 de mayo de 2019, la parte convocante sometió a consideración del Tribunal las siguientes pretensiones:

“**PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Que se declare la nulidad absoluta del siguiente aparte de la cláusula **SEXTA** del Otrosí N° 11 de 2016 del Contrato No. 057 de 1996: *‘cualquier cambio normativo y/o regulatorio en relación con el monto de la compensación o la forma de pago, o de cualquier otro aspecto establecido en el contrato, sus modificaciones y prórrogas, será de obligatorio cumplimiento para el*

concesionario, a partir de su entrada en vigencia’, por haber previsto una modificación automática de las contraprestaciones del contrato.

“**SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Que como consecuencia de la declaración de nulidad absoluta de que trata la pretensión anterior, se declare que quedan vigentes en su totalidad las demás estipulaciones del Otrosí N° 11 de 2016 del Contrato No. 057 de 1996 suscrito entre **DIRECTV COLOMBIA LTDA.** y la **ANTV**, salvo otras estipulaciones que se declaren nulas con ocasión de esta demanda.

“**TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Que una vez declarada la vigencia del Otrosí No. 11 de 2016, se declare que las cláusulas **CUARTA ‘PAGO DE LA COMPENSACIÓN’** y **QUINTA ‘FORMA DE PAGO DE LA COMPENSACIÓN’** del Otrosí N° 11 de 2016 del Contrato No. 057 de 1996 suscrito entre **DIRECTV COLOMBIA LTDA.** y la **ANTV**, son nulas por desviación de poder, por abuso de poder, por ostentar causa y objeto ilícito y/o por ausencia de competencia de la **ANTV** para pactarlas.

“• **Primera pretensión subsidiaria de las pretensiones primera, segunda y tercera principales:** Que en caso de no prosperar la primera, segunda y tercera pretensiones principales, por considerarse que la **ANTV** podía modificar la contraprestación por compensación de que trata el Otro Sí No. 11 de 2016 del Contrato No. 057 de 1996 expidiendo para ello un acto administrativo de carácter general como lo es la Resolución No. 1813 de 2017, se declare la nulidad de los siguientes artículos de tal acto administrativo: 2 (‘**VALOR DE LA COMPENSACIÓN**’), 4 (‘**ACTUALIZACIÓN DE LOS VALORES POR CONCEPTO DE COMPENSACIÓN**’), 6 (‘**ACTUALIZACIÓN DE LOS VALORES**’) y 9 parcial (‘**LIQUIDACIÓN Y FORMA DE PAGO**’), por desviación de poder, por abuso de poder, por falsa motivación, por ostentar causa y objeto ilícito y/o por ausencia de competencia de la **ANTV** para celebrarlas.

“**CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Que se declare que la interpretación correcta de la Cláusula Sexta del Otro Sí N° 11 de 2016 del Contrato No. 0057 de 1996, **NO** le permite a la **ANTV** efectuarle cobros retroactivos a **DIRECTV COLOMBIA LTDA.** respecto de la contraprestación por compensación. Concretamente la cláusula dispuso: *‘Cualquier cambio normativo y/o regulatorio en relación con el monto de la compensación o la forma de pago, o de cualquier otro aspecto establecido en el contrato, sus modificaciones y prórrogas, será de obligatorio cumplimiento para EL CONCESIONARIO, a partir de su entrada en vigencia. En todo caso los valores de los montos variables quedarán fijos a los valores vigentes a la fecha de la firma del presente documento hasta tanto no se expida y/o entre en vigencia el nuevo marco regulatorio relacionado con las contraprestaciones para la televisión por suscripción’.*

“• **Primera pretensión subsidiaria de la cuarta pretensión principal:** Que en caso de que fracase la cuarta pretensión principal y se determine que la **ANTV** sí podía establecer mediante Acto Administrativo General un cobro retroactivo aplicable durante la vigencia del contrato de concesión, se declare que la **ANTV** no podía aplicarle automáticamente al Contrato No. 057 de 1996 la

Resolución No. 2174 de 2017 sin haber surtido el debido proceso al contratista **DIRECTV COLOMBIA LTDA.**, al igual que los parámetros fijados por la Ley 80 de 1993 y demás disposiciones aplicables.

“QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que bien sea que como consecuencia de la declaración de la cuarta pretensión principal consistente en que la **ANTV** no podía efectuar cobros retroactivos, o de la prosperidad de la primera pretensión subsidiaria de la cuarta pretensión principal referida a que no era posible hacer una aplicación automática de la Resolución No. 2174 de 2017 al concesionario, se condene a la **ANTV** a restituirle o devolverle a **DIRECTV COLOMBIA LTDA.**, los valores que tuvo que pagar por retroactividad en el pago de la contraprestación por compensación.

“Dicho valor asciende a la suma de **SEISCIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES NUEVE MIL OCHOCIENTOS OCHENTA PESOS M/CTE (\$645.009.880)**, discriminados así:

- “• Valor pagado retroactivamente por concepto de la contraprestación por compensación: **SEISCIENTOS CATORCE MILLONES TRESCIENTOS VEINTICINCO MIL NOVECIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS M/CTE (\$614.325.976)**.

- “• Intereses de mora pagados: **TREINTA MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS CUATRO PESOS M/CTE (\$30.683.904)**.

“SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Ordenar que a todas las sumas que deba restituir o devolver la **ANTV** a mi representada se le hagan las actualizaciones respectivas de acuerdo con el Índice de Precios al Consumidor (IPC), según lo establecido en el inciso 4 del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

“SÉPTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se condene a la **ANTV** a pagar las costas, gastos y honorarios por la prosperidad de las pretensiones”.

2.1.2 Hechos en los que se fundamentaron las pretensiones de la demanda arbitral

La parte convocante fundamentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

“PRIMERO: Entre **DIRECTV** y la **ANTV** se encuentra vigente un contrato de concesión para la prestación del servicio de televisión por suscripción, el cual corresponde al No. 057 de 1996, cuyos antecedentes generales son los siguientes:

“(a) Se celebró originalmente un contrato entre **CARVAJAL S.A.** Y la **COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN (CNTV)** que correspondió al No. 057 de 1996.

“(b) Mediante la Resolución No. 135 del 4 de marzo de 1998, la Junta Directiva de la Comisión determinó tener como titular de los derechos y obligaciones inherentes a la Resolución No. 286 del 14 de noviembre de 1996 y al contrato No. 057 de la misma fecha, a

la sociedad GALAXY ENTERTAINMENT DE COLOMBIA S.A. posteriormente denominada GALAXY DE COLOMBIA LTDA.

- “(c) GALAXY DE COLOMBIA LTDA Y SKY COLOMBIA S.A. decidieron integrarse, habiendo puesto a consideración de la entonces COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN (CNTV) tal circunstancia, Entidad que el 8 de junio de 2005, mediante Resolución 0372 de 2005, decidió no objetar la integración solicitada por dichas empresas.
- “(d) Posteriormente, la sociedad integrada GALAXY DE COLOMBIA LTDA. cambió su razón social a **DIRECTV COLOMBIA LTDA.**, mediante Escritura Pública 2146 del 17 de abril de 2006 de la Notaria 6 de Bogotá, lo que se incorporó al Contrato de Concesión mediante Otro Sí No. 4 del 7 de junio de 2006, como allí consta y que aparece en el certificado en la Cámara de comercio que se adjunta.
- “(e) **DIRECTV** y la entonces **CNTV** suscribieron el Otro Sí No. 7 del 10 de noviembre de 2006 por el cual se prorrogó el contrato de concesión No. 057 de 1996, por un período de 10 años contados a partir del 14 de noviembre de 2006, Otro Sí que fue complementado con el Otro Sí No 9.
- “(f) Entre **DIRECTV**, la entonces **CNTV** y la hoy **ANTV**, se han suscrito 11 otrosíes que se aportan como prueba.
- “(g) La última renovación se dio mediante la suscripción del **Otro Sí Modificatorio No. 11 del 11 de noviembre de 2016**, para un periodo de vigencia de 10 años a partir del 15 de noviembre de 2016, el que por lo tanto irá hasta el 15 de noviembre de 2026.

“**SEGUNDO:** En virtud del mencionado contrato de concesión No. 057 de 1996, **DIRECTV** está obligada a pagar a la **ANTV** la contraprestación por concepto del otorgamiento y explotación de las concesiones para la operación del servicio de televisión.

“**TERCERO:** Las contraprestaciones que pagan los concesionarios de televisión por suscripción, son de dos clases: el llamado **pago de la ‘CONCESIÓN’ y el pago de la ‘COMPENSACIÓN’.**

“**CUARTO:** En términos sencillos, puede decirse que actualmente el pago de la **contraprestación por la ‘concesión’** es un precio público que tiene a su vez dos componentes: (a) el componente fijo; y, (b) el componente variable.

“Por su parte la contraprestación por **‘compensación’ tiene su origen en el artículo 49 de la Ley 14 de 1991 y se genera por la utilización de los canales radioeléctricos que use el concesionario de televisión por suscripción en la prestación del servicio.**

“**QUINTO:** En lo que respecta a la contraprestación por la **‘concesión’** el Otro Sí No. 11 de fecha 11 de noviembre de 2016 suscrito entre **DIRECTV** y la **ANTV**, determinó el componente fijo y el variable que debía pagar mi representada para que le fuera prorrogado el Contrato No. 057 de 1996, lo cual quedó estipulado de la siguiente manera:

“CLÁUSULA SEGUNDA.- VALOR DE LA PRÓRROGA. El valor de la presente prórroga será el constituido por los siguientes componentes:

“1. **COMPONENTE FIJO:** Equivalente a la suma de CINCUENTA UN MILLONES OCHENTA Y DOS MIL SESENTA Y SIETE PESOS MICTE \$51.082.067).

“2. **COMPONENTE VARIABLE:** Calculado como el resultado de multiplicar el factor ‘Número de suscriptores Reportados Mensualmente por el CONSESIONARIO, por el factor de ‘Tarifa de Concesión Variable (TCV), que para el año. 2016 corresponde a la suma de OCHOCIENTOS VEINTICUATRO PESOS CON VEINTITRES CENTAVOS DE PESO (\$824,23).

“(…).

“El valor de la prórroga se causa por el solo otorgamiento de la misma, independientemente de la operación y explotación del servicio entregado en concesión’.

“CLÁUSULA TERCERA.- FORMA DE PAGO DE LA PRÓRROGA. 1. La suma de CINCUENTA Y UN MILLONES OCHENTA Y DOS MIL SESENTA Y SIETE PESOS MICTE (\$51.082.067) correspondiente al componente fijo, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes a su otorgamiento, en cuatro (4) pagos iguales de DOCE MILLONES SETECIENTOS SETENTA MIL QUINIENTOS DIECISEIS PESOS CON SETENTA Y CINCO CENTAVOS DE PESO (\$12.770.516,75) pagaderos de la siguiente forma:

“1.1 Un primer pago, a más tardar a los cinco (5) días siguientes al cumplimiento de los requisitos de ejecución.

“1.2 Un segundo pago, a más tardar a los seis (6) meses siguientes a la suscripción de la presente prórroga. Igualmente deberá cancelar los intereses causados entre el primer pago del valor del componente fijo y el segundo pago del valor del componente fijo, calculados sobre el saldo del componente fijo y liquidado con base a los intereses remuneratorios a una tasa de DTF el día del pago adicionado en tres (3) puntos.

“1.3 Un tercer pago, a más tardar a los dieciocho (18) meses siguientes a la suscripción de la presente prórroga. Igualmente, deberá cancelar los intereses causados entre el segundo pago y el tercer pago del componente fijo, calculados sobre el saldo del componente fijo y calculado con base a los intereses remuneratorios a una tasa de DTF del día del pago en tres (3) puntos.

“1.4 Un cuarto pago, a más tardar a los dos (2) años siguientes a la suscripción de la presente prórroga. Igualmente deberá cancelar los intereses causados entre el tercer pago y el cuarto pago del componente fijo, calculados sobre el saldo del componente fijo y

calculado con base a los intereses remuneratorios a una base de DTF del día del pago adicionado en tres (3) puntos.

“2. El componente variable deberá ser pagado por el CONCESIONARIO así:

“2.1. El factor ‘Numero de Suscriptores Reportados Mensualmente por el CONCECIONARIO’, corresponderá al número mensual de suscriptores que haya reportado el CONCECIONARIO para la autoliquidación del valor de la compensación para cada mes y, en caso de existir liquidaciones oficiales de compensación, se tendrán en cuenta para el mes no reportado, el mayor número de suscriptores que haya reportado el CONCESIONARIO en sus autoliquidaciones de compensación de los últimos 12 meses, sin perjuicio de las sanciones a que haya lugar conforme a la ley o reglamentos.

*“El retardo del **CONCESIONARIO** en el pago de cualquier de los valores de que trata el presente numeral, genera intereses de mora a favor de la ANTV, liquidados a la tasa máxima permitida por la ley y sobre los saldos en mora.*

“El pago de todo o parte del valor del componente fijo de que trata del presente documento podrá efectuarse con anterioridad a las fechas previstas y en tal caso solo se causaran y pagaran intereses de plazo sobre los saldos insolutos, a una tasa de DTF del día del pago adicionado en tres (3) puntos. Si el pago se realiza en un único pago, en el plazo establecido en el numeral 1.1. anterior, no se causará ningún interés de plazo’.

“SEXTO: Adicional al pago del componente fijo y variable que **DIRECTV** efectúa por concepto de la contraprestación por la ‘concesión’ y que remunera el ‘otorgamiento’ y ‘explotación’ por la operación del servicio de televisión por suscripción, desde la suscripción del Otro Sí No. 7 del 10 de noviembre de 2006, a **DIRECTV** se le ha obligado a pagar también una contraprestación por ‘compensación’.

“SÉPTIMO: Dicha contraprestación fue también incluida en el Otro Sí No. 11 de 2016 suscrito entre las partes, en el cual se estableció lo siguiente en relación con la citada contraprestación por ‘compensación’:

“CLAUSULA CUARTA: - PAGO DE LA COMPENSACIÓN. EL CONCESIONARIO pagará el valor de compensación calculado como resultado de multiplicar el factor ‘Numero de Suscriptores Reportados Mensualmente por el CONCESIONARIO, por el factor ‘Número de Suscriptores Reportados Mensualmente por el CONCESIONARIO, por el factor de ‘Tarifa de Compensación, que para el año 2016 corresponde a la suma de DOS MIL CIENTO CUARENTA Y UN PESOS CON DOCE CENTAVOS DE PESO (\$2.141,12). Valor que no tendrá modificación alguna hasta tanto la ANTV no expida el cambio regulatorio. (...)’

“CLAUSULA QUINTA. - FORMA DE PAGO DE LA COMPENSACIÓN. El valor de la compensación deberá ser

pagado mensualmente por EL CONCESIONARIO, independientemente de la tecnología de transmisión utilizada. Para tal fin, deberá presentar dentro de los quince (15) días calendario siguientes al vencimiento del respectivo mes, una autoliquidación sobre los valores causados debidamente firmada por el representante legal y el contador o revisor fiscal de la sociedad, según el caso. EL CONCESIONARIO deberá efectuar el pago de la compensación en un plazo máximo de quince (15) días calendario contados a partir de la fecha límite para presentar la correspondiente autoliquidación.

“Si el CONCESIONARIO no presenta la autoliquidación dentro del término previsto en el presente artículo, la Autoridad Nacional de Televisión, procederá a efectuar la correspondiente liquidación oficial, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al vencimiento del plazo dado al operador para presentar su autoliquidación.

“En caso de existir liquidaciones oficiales de compensación, se tendrá en cuenta para el mes no reportado un incremento del diez (10%) del número de suscriptores que haya reportado el CONCESIONARIO en su autoliquidación de compensación del último mes reportado. En el evento en el que en el mes inmediatamente siguiente el CONCESIONARIO no presenta de nuevo su autoliquidación, la liquidación oficial se efectuará con un incremento adicional sobre la última liquidación oficial del diez por ciento (10%), y así sucesivamente hasta el periodo en el que el CONCESIONARIO cumpla nuevamente con su obligación de presentar su autoliquidación, sin perjuicio de las multas y demás sanciones a que hubiere lugar conforme a la Ley o el reglamento.

“PARAGRAFO PRIMERO. La no cancelación del valor de la compensación dentro del plazo señalado, causará a favor de la Autoridad Nacional de Televisión la tasa máxima de interés moratorio certificada por la Superintendencia Financiera, sin perjuicio de las demás sanciones o acciones que sobrevengan por este incumplimiento.

“PARAGRAFO SEGUNDO. EL CONCESIONARIO del servicio de televisión por suscripción deberá informar, adjunto al formato de autoliquidación y de manera desagregada, el número de suscriptores correspondiente a cada uno de los municipios servidos, de tal forma que la sumatoria de estos corresponda exactamente al reportado para la totalidad del área servida’.

“OCTAVO: La contraprestación por ‘compensación’ a la que hacen referencia las citadas **CLÁUSULA CUARTA** y **QUINTA** del Otro Sí No. 11 de 2016 que se viene cobrando a **DIRECTV** desde el Otrosí No. 7 de 2006, es una contraprestación que, pese a tener su origen legal en el artículo 49 de la Ley 14 de 1991 y que según el legislador se genera únicamente por la utilización de los canales radioeléctricos que use el concesionario de televisión por suscripción en la prestación del servicio, no fue aplicada correctamente por la ANTV en el caso de DIRECTV. En efecto, la citada norma señala:

*“**Artículo 49°.- Cánones y tarifas. En los contratos se establecerá la obligación a cargo de los concesionarios de pagar, como compensación por la utilización y explotación de los canales radioeléctricos del Estado, el diez por ciento (10%) del total de los ingresos provenientes exclusivamente de la operación del servicio de televisión por suscripción, sin perjuicio del canon de concesión, fijado por el Ministerio de Comunicaciones. Esta compensación será destinada al financiamiento de la programación educativa y cultural que realice el Estado a través de la Compañía de Informaciones Audiovisuales y de las Organizaciones Regionales de Televisión’.** (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

“NOVENO: DIRECTV no usa espectro radioeléctrico en la prestación del servicio de televisión satelital. Lo anterior puede corroborarse en la respuesta dada por la ANTV a DIRECTV, mediante comunicación con radicado No.130415008613, que se expondrá más adelante en la sustentación.

“DÉCIMO: Lo anterior significa que la **ANTV** modificó el hecho generador que para el pago de la contraprestación por **‘compensación’** determina el artículo 49 de la Ley 14 de 1991 en una abierta contradicción a lo señalado por el Legislador. En virtud de lo anterior, la **ANTV** incurre en un ejercicio abusivo toda vez que la Autoridad amplió y/o modificó indebidamente, por vía contractual, **el hecho generador que establece la ley para el cobro de la compensación y que, de conformidad con la mencionada Ley 14 de 1991, no puede ser otro que la utilización y explotación de canales radioeléctricos del Estado** y por tanto en el caso de **DIRECTV** la contraprestación por compensación no es exigible.

“DÉCIMO PRIMERO: Igualmente, el cobro a **DIRECTV** de la contraprestación por compensación desconoce lo previsto en la parte final del literal g) del artículo 5 de la Ley 182 de 1995, que señala lo siguiente respecto de las funciones que hoy le corresponden a la **ANTV**:

*“**Fijar los derechos tasas y tarifas que deba percibir por concepto del otorgamiento y explotación de las concesiones para la operación del servicio de televisión, y las que correspondan a los contratos de concesión de espacios de televisión, así como por la adjudicación, asignación y uso de las frecuencias**’.* (Subrayado y negrilla fuera de texto).

“DÉCIMO SEGUNDO: Las facultades dadas por el Legislador a la entonces CNTV (hoy **ANTV**) en el literal g) del artículo 5 de la Ley 182 de 1995, son diferenciadas para tres (3) casos, así:

- “a.** En primer lugar, la **ANTV** tiene la competencia para fijar los derechos tasas y tarifas que deba percibir por concepto del otorgamiento y explotación de las concesiones para la operación del servicio de televisión y en virtud de ello es que **DIRECTV** paga una contraprestación fija y una variable en virtud del contrato de concesión, como quedó dicho.

“b. En segundo lugar, la **ANTV** tiene la facultad para fijar los derechos tasas y tarifas que deba percibir por los contratos de concesión de espacios de televisión.

“c. En tercer lugar, la **ANTV** tiene la facultad para fijar las tarifas por concepto de adjudicación, asignación y uso de las frecuencias.

“**DÉCIMO TERCERO:** A **DIRECTV** nunca le han sido adjudicadas o asignadas frecuencias y mucho menos las ha usado en la prestación del servicio de televisión por suscripción, por lo que la **ANTV** no podía cobrarle a mi representada una contraprestación por tal concepto, como se empezó a hacer desde el Otrosí No. 7 de noviembre de 2006.

“**DÉCIMO CUARTO:** Ahora bien, a pesar de que las partes habían pactado en el Otro Sí No. 11 de 2016 las contraprestaciones que regirían para el prorrogado Contrato No. 057 de 1996, la **ANTV** dictó en el año 2017 la Resolución No. 1813 de 2017, por medio de la cual fijo las contraprestaciones para el servicio de televisión por suscripción, acto administrativo de carácter general en el que se estableció lo siguiente:

“**“OBJETO Y AMBITO DE APLICACIÓN”,** señala que ‘La presente resolución tiene por objeto modificar el régimen de contraprestaciones del servicio de televisión por suscripción, determinando las condiciones de las contraprestaciones de concesión y compensación previstas en la Ley’.

“**DÉCIMO QUINTO:** El inciso segundo del mismo artículo primero de la Resolución No. 1813 de 2017 señala lo siguiente:

“Las condiciones previstas en la presente Resolución en relación con la contraprestación por concepto de concesión son de obligatorio cumplimiento por parte de los operadores del servicio de televisión por suscripción y aplica a las nuevas concesiones y a las prórrogas futuras. Igualmente, cuando se trata de las concesiones en las que se suscribieron prórrogas que previeron la modificación de la metodología y el sistema de contraprestaciones del servicio, son de obligatorio cumplimiento por parte de los concesionarios respectivos de acuerdo con las condiciones previstas en la presente resolución’. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

“**DÉCIMO SEXTO:** El penúltimo inciso del artículo primero de la Resolución No. 1813 de 2017 señala: ‘De acuerdo con lo anterior, las condiciones previstas en la presente Resolución no modifican las demás concesiones vigentes, que mantendrán las condiciones pactadas. En consecuencia, los operadores del servicio de televisión por suscripción con tecnología cableada, con licencia única y aquellos que hayan obtenido la concesión bajo las condiciones previstas en la Resolución 048 de 2012, contratos vigentes a la fecha de expedición de la presente Resolución, están obligados al cumplimiento de las condiciones estipuladas en los contratos respectivos hasta el momento de su prórroga’.

“DÉCIMO SÉPTIMO: El mismo artículo primero de la citada Resolución No. 1813 de 2017 determina que *‘Las condiciones previstas para la contraprestación por concepto de compensación aplican sin restricción a todas las concesiones del servicio de televisión por suscripción’*.

“DÉCIMO OCTAVO: Es decir que la Resolución No. 1813 de 2017 dentro de su objeto y ámbito de aplicación dispuso, entre otras cosas, que dicho acto administrativo de carácter general se aplicaba también a *‘las concesiones en las que se suscribieron prórrogas que previeron la modificación de la metodología y el sistema de contraprestaciones del servicio’*, según lo señala el transcrito inciso segundo del artículo primero.

“DECIMO NOVENO: A renglón seguido en el artículo 2 de la Resolución No.1813 de 2017 se **determinó el valor** por concepto de la **‘COMPENSACION’** que los operadores del servicio de televisión por suscripción debían pagar a la **ANTV** y en los artículos 4, 6, Y 9 se determinó la forma de actualizar anualmente dicho valor y la forma de liquidarlo y pagarlo, según allí se lee.

“VIGÉSIMO: En concreto el artículo 2 de la Resolución No. 1813 de 2017 la **ANTV** señaló sobre el valor de la compensación lo siguiente:

“ARTÍCULO 2. VALOR DE LA COMPENSACIÓN. *El valor por concepto de la **compensación** que los operadores del servicio de televisión por suscripción deben pagar a la Autoridad Nacional de televisión **por la explotación del servicio**, corresponde a:* (negrillas fuera de texto)

“a) Hasta el año 2018 inclusive, en los municipios de más de 100.000 habitantes donde opera el servicio y respecto de los ingresos causados en dicho municipio será el valor equivalente al mayor valor liquidado, entre las siguientes dos alternativas: (i) el CUATRO PUNTO NUEVE POR CIENTO (4,9%) de los ingresos brutos mensuales o (ii) el resultado de multiplicar el ‘número de suscriptores reportados mensualmente por el concesionario’, por la ‘tarifa mensual de compensación, TCpG que para el año 2017 corresponde a la suma de MIL SEISCIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS (\$1.666).

“b) Desde el año 2019 inclusive, en los municipios de más de 100.000 habitantes donde opera el servicio y respecto de los ingresos causados en cada uno de estos municipios será el valor equivalente al mayor valor liquidado, entre las siguientes dos alternativas: (i) el cuatro punto tres por ciento (4,3%) de los ingresos brutos mensuales o (ii) el resultado de multiplicar el ‘número de suscriptores reportados mensualmente por el concesionario’, por la ‘tarifa mensual de compensación reducida, TCpRG’ que para el año 2017 corresponde a la suma de mil cuatrocientos sesenta y dos pesos (\$1.462).

c) Hasta el año 2018 inclusive, en los municipios con una población menor o igual a 100.000 habitantes donde opera el servicio y respecto de los ingresos causados en cada uno de estos municipios será el valor equivalente al mayor valor liquidado, entre las siguientes dos alternativas: (i) el uno por ciento (1%) de los

ingresos brutos mensuales o (ii) el resultado de multiplicar el 'número de suscriptores reportados mensualmente por el concesionario', por la 'tarifa mensual de compensación para pequeños municipios, TCpP' que para el año 2017 corresponde a la suma de doscientos veinte pesos (\$220).

"d) Desde el año 2019 inclusive, en los municipios con una población menor o igual a 100.000 habitantes donde opera el servicio y respecto de los ingresos causados en cada uno de estos municipios será el valor equivalente al mayor valor liquidado, entre las siguientes dos alternativas: (i) el cero punto cinco por ciento (0,5%) de los ingresos brutos mensuales o (ii) el resultado de multiplicar el 'número de suscriptores reportados mensualmente por el concesionario', por la 'tarifa mensual reducida de compensación para pequeños municipios, TCpRP' que para el año 2017 corresponde a la suma de ciento diez pesos (\$110).

"El valor total a cancelar por el operador corresponderá a la sumatoria de las liquidaciones calculadas para cada municipio de manera individual. Los ingresos que cause el concesionario relacionados con la prestación del servicio de televisión por suscripción que no sean asignables a cada municipio en particular, deberán ser contemplados por los operadores en la liquidación del municipio en el que tengan mayor número de suscriptores en el último día del mes objeto de la liquidación.

"Parágrafo. Para efectos de la determinación del valor total a cancelar no se incluirán aquellos suscriptores que corresponden a entidades sin ánimo de lucro y demás organizaciones a las que se les preste el servicio gratuito, de acuerdo con lo previsto en el artículo 49 del Acuerdo 10 de 2006, o la norma que lo adicione, sustituya o modifique'.

"VIGÉSIMO PRIMERO: Es evidente que el citado artículo segundo de la Resolución No. 1813 de 2017, al definir el hecho generador del pago de la contraprestación por compensación lo hizo por la explotación del servicio (que es el mismo en el que se soporta el pago variable de la contraprestación por concesión) y no por el uso de canales radioeléctricos del Estado como lo indica el ya explicado artículo 49 de la Ley 14 de 1991. Lo anterior pese a que en los considerandos de la expedición de la Resolución 1813 de 2017, se observa que la ANTV manifestó que el fundamento para exigir el pago de la tarifa de compensación a los concesionarios se hacía de acuerdo con el artículo 49 de la Ley 14 de 1991. En tal sentido expresó:

"(...), el artículo 49 de la Ley 14 de 1991 y el parágrafo segundo del artículo 43 de la Ley 182 de 1995 establecen la obligación a cargo de los operadores de televisión por suscripción, de pagar una tarifa de compensación por explotación de la concesión. En este último parágrafo se establece que 'Hasta la fecha de cesión de los contratos a la Comisión Nacional de Televisión, los concesionarios del servicio de televisión cerrada o por suscripción, seguirán cancelando la compensación a que refiere el artículo 49 de la Ley 14 de 1991. (...)'. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

“VIGÉSIMO SEGUNDO: La lectura del artículo 2 del citado acto administrativo muestra sin asomo de duda que la **ANTV** al incorporar las reglas que sobre el valor de la compensación indica en la Resolución No. 1813 de 2017, no tomó como sustento el requisito contenido en el artículo 49 de la Ley 14 de 1991, ni el del parágrafo del artículo 43 de la Ley 182 de 1995, **que hacen alusión exclusivamente al uso y explotación del espectro radioeléctrico para poder efectuar un cobro de contraprestación por compensación.**

“VIGESIMO TERCERO: Ahora bien, con respecto al valor de la contraprestación por la concesión, la citada Resolución No. 1813 de 2017, dispone en su artículo 3 lo siguiente:

“Artículo 3°. Valor de la concesión. El valor por concepto de concesión del servicio de televisión por suscripción corresponde a una tarifa constituida por los siguientes componentes:

“a) Un componente fijo de la concesión equivalente a la suma de once millones cuatrocientos sesenta y dos mil seiscientos cuarenta y cuatro pesos (\$11.462.644).

“b) Un componente variable así:

“- Hasta el año 2018 inclusive, en los municipios de más de 100.000 habitantes donde opera el servicio y respecto de los ingresos causados en dicho municipio será el valor equivalente al mayor valor liquidado entre las siguientes dos opciones: (i) el uno por ciento (1%) de los ingresos brutos mensuales o (ii) el resultado de multiplicar el ‘número de suscriptores reportados mensualmente por el concesionario’, por la siguiente ‘tarifa mensual de concesión variable para grandes municipios, TCnVG’, que para el año 2017 corresponde a la suma de trescientos cuarenta pesos (\$340).

“- Desde el año 2019 inclusive, en los municipios de más de 100.000 habitantes donde opera el servicio y respecto de los ingresos causados en dicho municipio será el valor equivalente al mayor valor liquidado entre las siguientes dos opciones: (i) el cero punto ocho por ciento (0,8%) de los ingresos brutos mensuales o (ii) el resultado de multiplicar el ‘número de suscriptores reportados mensualmente por el concesionario’, por la siguiente ‘tarifa mensual de concesión variable para grandes municipios, TCnVRG’, que para el año 2017 corresponde a la suma de doscientos setenta y dos pesos (\$272).

“- Hasta el año 2018 inclusive, en los municipios con población menor o igual a 100.000 habitantes donde opera el servicio y respecto de los ingresos causados en dicho municipio será el valor equivalente al mayor valor liquidado entre las siguientes dos opciones: (i) el cero punto cuatro por ciento (0,4%) de los ingresos brutos mensuales o (ii) el resultado de multiplicar el ‘número de suscriptores reportados mensualmente por el concesionario’, por la siguiente ‘tarifa mensual de concesión variable para pequeños municipios, TCnVP’ que para el año 2017 corresponde a la suma de ochenta y ocho pesos (\$88).

“- Desde el año 2019 inclusive, en los municipios con población menor o igual a 100.000 habitantes donde opera el servicio y respecto de los ingresos causados en dicho municipio será el valor equivalente al mayor valor liquidado entre las siguientes dos opciones: (i) el cero punto tres (0,3%) de los ingresos brutos mensuales o (ii) el resultado de multiplicar el ‘número de suscriptores reportados mensualmente por el concesionario’, por la siguiente ‘tarifa mensual reducida de concesión variable reducida para pequeños municipios, TCnVRP’ que para el año 2017 corresponde a la suma de sesenta y seis pesos (\$66).

“El valor total a cancelar por el operador corresponderá a la sumatoria de las liquidaciones calculadas para cada municipio de manera individual. Los ingresos que cause el concesionario de los suscriptores relacionados con la prestación del servicio de televisión por suscripción que no sean asignables a cada municipio en particular deberán ser contemplados por los operadores en la liquidación del municipio en el que tengan mayor número de suscriptores en el último día del plazo objeto de la liquidación.

“Para efectos de la presente Resolución los municipios se identifican de acuerdo con la división político-administrativa de Colombia, Divipola, última disponible en el sistema de consulta del DANE.

“**Parágrafo.** El componente fijo previsto en el literal a) del presente artículo se causará por una sola vez al otorgamiento de la concesión o prórroga y será diferido en el plazo de dos (2) años contados a partir de dicho otorgamiento, bajo las condiciones establecidas en el respectivo contrato o prórroga’.

“**VIGESIMO CUARTO:** Al verificar el artículo 2 de la Resolución No. 1813 de 2017 que fijó la contraprestación por la compensación y el artículo 3 que fijó la contraprestación por la concesión, se puede observar que los componentes variables (esto es el componente variable de la contraprestación por concesión y de la contraprestación por compensación), tuvieron como base los mismos criterios. **Nótese que en el artículo 2 de la citada Resolución No. 1813 de 2017, como ha sido señalado con anterioridad, desconoce los parámetros legales, toda vez que sustenta la obligación de pago en elementos diferentes al hecho generador definido en la Ley 14 de 1991, que no es otro que el uso y explotación del espectro radioeléctrico, situación que como se ha señalado, no ocurre para el caso de DIRECTV COLOMBIA LTDA.**

“**VIGESIMO QUINTO:** En el siguiente cuadro comparativo se puede observar la forma como se incumplen los postulados de la Ley 14 de 1991, pues en la fijación de la compensación no se toma en ningún momento el postulado del citado artículo 49 referido al uso y explotación del espectro radioeléctrico:

“

ARTÍCULO 2	ARTÍCULO 3
VALOR DE LA COMPENSACIÓN. El valor por	VALOR DE LA CONCESIÓN. El valor por concepto de <u>concesión</u>

<p>concepto de la <u>compensación</u> que los operadores del servicio de televisión por suscripción deben pagar a la Autoridad Nacional de Televisión por la explotación del servicio, corresponde a:</p> <p>a) Hasta el año 2018 inclusive, en los municipios de más de 100.000 habitantes donde opera el servicio y respecto de los <u>ingresos causados en dicho municipio</u> será el valor equivalente al mayor valor liquidado, entre las siguientes dos alternativas: (i) el CUATRO PUNTO NUEVE POR CIENTO (4,9%) de los <u>ingresos brutos mensuales o (ii) el resultado de multiplicar el 'número de suscriptores reportados mensualmente por el concesionario'</u>, por la 'tarifa mensual de compensación, TCpG que para el año 2017 corresponde a la suma de MIL SEISCIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS (\$1.666).</p>	<p>del servicio de televisión por suscripción corresponde a una tarifa constituida por los siguientes componentes:</p> <p>a) (...).</p> <p>b) Un componente variable así:</p> <ul style="list-style-type: none">Hasta el año 2018 inclusive, en los municipios de más de 100.000 habitantes donde opera el servicio y respecto de los <u>ingresos causados en dicho municipio</u> será el valor equivalente al mayor valor liquidado entre las siguientes dos opciones: (i) el uno por ciento (1%) de los <u>ingresos brutos mensuales o (ii) el resultado de multiplicar el 'número de suscriptores reportados mensualmente por el concesionario'</u>, por la siguiente 'tarifa mensual de concesión variable para grandes municipios, TCnVG', que para el año 2017 corresponde a la suma de trescientos cuarenta pesos (\$340).
---	---

“**VIGÉSIMO SEXTO:** El cuadro referenciado en el hecho anterior, muestra que tanto la contraprestación por compensación como el componente variable de la contraprestación por concesión, están soportadas en ambos casos en los siguientes ítems: (i) ingresos brutos ó (ii) número de suscriptores.

“**VIGÉSIMO SÉPTIMO:** De tal modo que la Resolución No. 1813 de 2017 contiene un yerro en lo relativo a los hechos adoptados para fijar la contraprestación por compensación, pues la **ANTV** para calcular dicha contraprestación (compensación) debió respetar que el hecho generador de la misma es, como se dijo, el establecido por el legislador en el artículo 49 de la Ley 14 de 1991 y que solo se genera por la ***'utilización y explotación de los canales radioeléctricos del Estado'***, mas no por la ***explotación del servicio***, como equivocadamente se hizo en este caso por la Autoridad.

“**VIGÉSIMO OCTAVO:** Con la entrada en vigencia de la Resolución No. 1813 de 2017 y no obstante tratarse de un acto administrativo de carácter general, la **ANTV** obligó a **DIRECTV** a pagar la contraprestación por compensación bajo las reglas contenidas en dicho acto administrativo, pues consideró que quedaban automáticamente modificadas la cláusulas **CUARTA ('PAGO DE LA COMPENSACIÓN')** y **QUINTA ('FORMA DE PAGO DE LA COMPENSACIÓN')** del Otro Sí No. 11 de 2016.

“VIGÉSIMO NOVENO: Para aplicar la citada modificación automática, la **ANTV** esgrimió el argumento errado de que como el artículo 1 de la citada Resolución No. 1813 de 2017 señaló, dentro del ámbito de su aplicación, que el régimen de contraprestaciones allí previsto aplicaba también a *‘las concesiones en las que se suscribieron prórrogas que previeron la modificación de la metodología y el sistema de contraprestaciones del servicio’*, ello era suficiente para que quedaran sin efecto los pactos de las partes contenidos en el Otro Sí No. 11 de 2016 sobre la contraprestación por compensación, en aplicación de la Cláusula Sexta del citado Otro Sí que señala lo siguiente:

“CLAUSULA SEXTA. MODIFICACIÓN EN LAS CARGAS ECONÓMICAS DEL CONTRATO. *Cualquier cambio normativo y/o regulatorio en relación con el monto de la compensación o la forma de pago, o de cualquier otro aspecto establecido en el contrato, sus modificaciones y prórrogas, será de obligatorio cumplimiento para EL CONCESIONARIO, a partir de su entrada en vigencia. En todo caso los valores de los montos variables quedarán fijos a los valores vigentes a la fecha de la firma del presente documento hasta tanto no se expida y/o entre en vigencia el nuevo marco regulatorio relacionado con las contraprestaciones para la televisión por suscripción’.*

“TRIGÉSIMO: Independientemente de que las partes del contrato de concesión pactaron en la citada Cláusula Sexta del Otro Sí No. 11 de 2016 que cualquier cambio normativo y/o regulatorio, en relación con el monto de la compensación o la forma de pago, sería de obligatorio cumplimiento para el concesionario, en todo caso la **ANTV no podía expedir un acto general para fijarle las contraprestaciones** del servicio de televisión por suscripción a **DIRECTV**, pues al hacerlo incurrió en un yerro en cuanto el procedimiento aplicable.

“TRIGÉSIMO PRIMERO: En efecto, no obstante que las partes del contrato de concesión No. 057 de 1996 pactaron en la citada Cláusula Sexta del Otrosí No. 11 de 2016 que cualquier cambio normativo y/o regulatorio en el monto de la compensación o de la forma de pago sería de obligatorio cumplimiento para el concesionario, en todo caso la **ANTV no podía expedir un acto administrativo general para fijarle las contraprestaciones del servicio de televisión por suscripción a DIRECTV**, pues como a la fecha de emisión y publicación de la Resolución No. 1813 de 2017 estaba vigente el **contrato de Concesión No. 057 de 1996, era necesario que la Autoridad emitiera un acto administrativo particular y concreto debidamente motivado para cambiarle las mencionadas contraprestaciones a DIRECTV, suscribiendo además un Otro Sí modificatorio para tal efecto**, pues esa es la forma correcta de modificarle al concesionario el valor de las cargas económicas de un contrato de concesión vigente.

“TRIGÉSIMO SEGUNDO: No se discute que la Autoridad puede emitir actos administrativos de carácter general en distintos casos y/o con ocasión de su actividad regulatoria; sin embargo, lo que sucedió en este caso es que si la Autoridad deseaba cambiar el régimen financiero contenido en el Otro Sí No. 11 del contrato de concesión No. 057 de 1996 suscrito con **DIRECTV**, no bastaba con haber señalado dentro del ámbito de aplicación de un acto administrativo general (como lo es la

Resolución No. 1813 de 2017), que dicho acto era obligatorio también para los concesionarios que habían suscrito prórrogas ‘que previeron la modificación de la metodología y el sistema de contraprestaciones del servicio’, pues en tales casos la Ley 80 de 1993 señala reglas que deben observarse para poder variar el contenido de un contrato estatal.

“**TRIGÉSIMO TERCERO:** En efecto, incluso al efectuar una visión histórica del contrato No. 057 de 1996 se observa que las modificaciones a las contraprestaciones del contrato no operaban automáticamente, pues al revisar la primera prórroga del contrato suscrita mediante el Otro Sí No. 7 del 10 de noviembre de 2006, la entonces Comisión Nacional de Televisión determinó un procedimiento para que pudieran darse dichas modificaciones así:

“**DÉCIMA:** Que para la fijación del valor que **EL CONCESIONARIO** debe pagar a **LA COMISIÓN** por concepto de la prórroga, **LA COMISIÓN**, basada en el estudio preparado por la firma Valfinanzas Ltda., tendrá en cuenta los criterios establecidos en el literal g) del artículo 5 de la Ley 182 de 1995.

“**UNDÉCIMA:** Que **EL CONCESIONARIO** conoce que **LA COMISIÓN se encuentra en proceso de regulación del servicio público de televisión por suscripción, y en consecuencia en lo pertinente le será aplicable la reglamentación que para el efecto se expida**’. (Subrayado, negrilla y aumento de letra fuera de texto para dar relevancia al punto específico).

“**TRIGESIMO CUARTO:** Es más, para poder hacer efectivas las modificaciones de que trata el hecho inmediatamente anterior, en el mismo Otro Sí No. 7 del 10 de noviembre de 2006, las partes acordaron el siguiente procedimiento:

“**CLÁUSULA PRIMERA: PRÓRROGA.-** Prorrogar el contrato de concesión de Televisión satelital N° 057 del 14 de noviembre de 1996, por un periodo de diez (10) años contados a partir del 14 de noviembre de 2006.

“**CLAUSULA SEGUNDA. VALOR DE LA PRÓRROGA.-** El valor de la presente prórroga, que corresponde a la contraprestación que **EL CONCESIONARIO** se compromete a pagar por su otorgamiento, será definido por **LA COMISIÓN** en un plazo no mayor a tres (3) meses contados a partir de la suscripción del presente documento.

“**PARAGRAFO 1.- Causación:** El valor de la presente prórroga se causa por el sólo otorgamiento de la misma, por el término estipulado de diez años, independientemente de la operación y explotación del servicio entregado en concesión.

“**PARAGRAFO 2.- Procedimiento: antes del vencimiento del plazo de tres (a) meses estipulados en esa cláusula. LA COMISIÓN comunicará al CONCESIONARIO el valor definido para la prórroga. EL CONCESIONARIO contará con un término de quince (15) días calendario para manifestar su conformidad o presentar observaciones en caso de desacuerdo. En este último evento, LA COMISIÓN, dará**

respuesta a las observaciones del CONCESIONARIO en un plazo no superior a quince (15) días calendario. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

“TRIGÉSIMO QUINTO: Nótese que para efectuar la modificación de la forma de pago que se pactó con ocasión de la primera renovación del contrato de concesión en el año 2006, las partes tuvieron que suscribir un Otro Sí que correspondió al No. 7 y que se generó luego de los cambios regulatorios que venía adelantando la otrora Comisión Nacional de Televisión (CNTV). No bastó entonces con que la CNTV emitiera por acto administrativo general la modificación de las contraprestaciones del servicio de televisión por suscripción, sino que tuvo además que suscribir un acto jurídico específico con **DIRECTV** a través de Otro Sí, con el fin de modificar el acuerdo contractual vigente.

“TRIGÉSIMO SEXTO: Fue por tal razón que el 12 de diciembre de 2007, entre mi representada y la otrora Comisión Nacional de Televisión, se suscribió el Otro Sí No. 09, complementario del Otro Sí No. 07, que prorrogó el contrato de concesión de televisión satelital No. 057 de 1996.

“Dentro del citado Otro Sí No. 09, las partes acordaron:

“CLAUSULA PRIMERA. Adicionase la Cláusula Segunda del Otrosí N° 07 del 10 de noviembre, que prorrogó el Contrato N° 057 de 1997 (sic), celebrado entre LA COMISIÓN y DIRECTV, la cual quedará así:

“CLÁUSULA SEGUNDA. VALOR DE LA PRÓRROGA: El valor de la presente prórroga, correspondiente a la contraprestación que EL CONCESIONARIO se compromete a pagar por su otorgamiento, equivale a una tarifa constituida por los siguientes componentes:

“a) Un componente fijo (...)

“b) Un componente variable (...)

“(...).

“PARÁGRAFO 2. CAUSACIÓN: El valor de la presente prórroga se causa por el sólo otorgamiento de la misma, independientemente de la operación y explotación del servicio entregado en concesión.” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

“TRIGÉSIMO SÉPTIMO: Como puede observarse, a pesar de que en el Otro Sí No. 7 las partes del Contrato No. 057 de 1996 pactaron que la entonces CNTV (hoy ANTV) podía determinar a futuro las contraprestaciones del servicio de televisión por suscripción, en todo caso se señaló que una vez expedido el nuevo régimen el mismo se le daría a conocer a **DIRECTV** para que tuviera la oportunidad de verificar si estaba de acuerdo con el valor de las nuevas contraprestaciones, tal como lo señala el aparte transcrito. Igualmente, se complementó ese procedimiento con la firma del Otro Sí No. 9 del contrato de concesión, mediante el cual quedó jurídicamente incorporado el cambio de las contraprestaciones que regían para ese momento.

“**TRIGÉSIMO OCTAVO:** Sin embargo, cuando en el año 2017 la **ANTV** modificó el régimen de contraprestaciones que deben pagar los operadores de televisión por suscripción, dicha Autoridad se limitó a expedir el acto administrativo de carácter general Resolución No. 1813 de 2017, pretendiendo que con ello quedaran automáticamente modificadas las estipulaciones económicas contenidas en el Otro Sí No. 11 de 2016, prescindiendo de la suscripción de un nuevo Otro Sí como forma correcta de modificar el acuerdo contractual vigente.

“**TRIGÉSIMO NOVENO:** Ahora bien, la **ANTV** no solo modificó indebidamente las reglas económicas del contrato a través de un acto administrativo de carácter general como lo es la Resolución No. 1813 de 2017, sino que desconoció también luego la estipulación contenida en la segunda parte de la Cláusula Sexta del Otro Sí No. 11 de 2016, que indica que los montos por concepto de contraprestaciones se mantendrían *‘hasta tanto no se expida y/o entre en vigencia el nuevo marco regulatorio relacionado con las contraprestaciones para la televisión por suscripción’*. Así mismo, de manera especial se desconoció lo pactado en la Cláusula Cuarta del Otro sí No. 11 referente al PAGO DE LA COMPENSACION mediante la cual se indicó: *‘EL CONCESIONARIO pagará el valor de compensación calculado como resultado de multiplicar el factor ‘Número de Suscriptores Reportados Mensualmente por el CONCESIONARIO, por el factor de ‘Tarifa de Compensación, que para el año 2016 corresponde a la suma de DOS MIL CIENTO CUARENTA Y UN PESOS CON DOCE CENTAVOS DE PESO (\$2.141,12). Valor que no tendrá modificación alguna hasta tanto la ANTV no expida el cambio regulatorio. (...)’* (Subrayado y negrilla fuera de texto). Es decir, las partes pactaron expresamente que cualquier modificación tendría efectos a futuro y, por lo tanto, una modificación o actualización del precio acordado no podía tener efectos de cobro retroactivo.

“**CUADRAGÉSIMO:** No obstante las anteriores estipulaciones contenidas en las Cláusula Sexta y Cuarta del Otro Sí No. 11 de 2016, la **ANTV** decidió expedir otro acto administrativo de carácter general como lo fue la Resolución No. 2174 de 2017, *‘Por la cual se actualiza el valor de compensación de las concesiones de televisión por suscripción*’. (Subrayado, negrilla y aumento de letra fuera de texto para denotar la relevancia del punto específico).

“**CUADRAGÉSIMO PRIMERO:** En esta Resolución No. 2174 de 2017 la **ANTV** ordenó la aplicación retroactiva del pago de la contraprestación por compensación, tal como lo indica el artículo 2, así:

“**ARTÍCULO 2.** *El valor de la tarifa de compensación fijado en el presente acto administrativo rige desde el 1 de enero de 2017 hasta la entrada en vigencia del nuevo Régimen de Contraprestaciones del Servicio de Televisión por Suscripción (Resolución 1813 del 26 de octubre de 2017)’* (Subrayado y negrilla fuera de texto).

“**CUADRAGÉSIMO SEGUNDO:** Como en la citada Resolución No. 2174 del 22 de diciembre de 2017 la **ANTV** señaló que *‘actualiza’* desde ‘el 1 de enero de 2017’ el valor de la tarifa de compensación a

cargo de los concesionarios de televisión por suscripción, es evidente que la Autoridad impuso un **pago retroactivo** a **DIRECTV**, afectando las liquidaciones y pagos que por la tarifa de compensación había hecho ya **DIRECTV** durante el año 2017, bajo las reglas que para tal efecto contemplaban las cláusulas **'CUARTA. - PAGO DE LA COMPENSACION'** y **'QUINTA. - FORMA DE PAGO DE LA COMPENSACIÓN'** del Otro Sí No. 11 de 2016.

“CUADRAGÉSIMO TERCERO: La aplicación a **DIRECTV** de un pago retroactivo como lo hizo la **ANTV** en la Resolución No. 2174 de 2017, violó el pacto expreso de las partes contenido en las transcritas Cláusulas Cuarta y Sexta del Otro Sí No. 11 de 2016 que claramente determina que cualquier **modificación de las contraprestaciones económicas del Contrato No. 057 de 1996 tendría efectos únicamente hacia el futuro**, pues allí se indicó lo siguiente: *‘En todo caso los valores de los montos variables quedarán fillos a los valores vigentes a la fecha de la firma del presente documento hasta tanto no se expida y/o entre en vigencia el nuevo marco regulatorio relacionado con las contraprestaciones para la televisión por suscripción’*. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

“CUADRAGÉSIMO CUARTO: La **ANTV** obligó a **DIRECTV** a aplicar el pago retroactivo de la contraprestación por **‘compensación’** mediante comunicación de fecha 18 de enero de 2018, proveniente del correo electrónico ricardo.ulloa@antv.gov.co en el que la Autoridad remitió a mi representada *‘el formato de diferencias de acuerdo con las liquidaciones presentadas desde enero de 2017, hasta la fecha, (...)’*. Con esta comunicación la **ANTV** le señaló a **DIRECTV** que el plazo para presentar la liquidación y hacer los ajustes del retroactivo se vencía el 3 de febrero de 2018 y que el plazo para el pago vencía el 19 de febrero de 2018.

“CUADRAGÉSIMO QUINTO: **DIRECTV** mediante comunicación radicada en la **ANTV** el día 23 de enero de 2018 le indicó a esa Entidad que se permitía *‘hacer devolución de las autoliquidaciones enviadas por la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV) el día jueves 18 de enero de 2018, toda vez que las Resoluciones 2173 y 2174 de 2017 no son aplicables a DIRECTV’*, de conformidad con lo establecido en la Cláusula Cuarta y Sexta del Otro Sí No. 11 de 2016, el cual hace parte del contrato de Concesión No. 057 de 1996.

“En el mismo sentido se precisó que: ‘no hay lugar a que la ANTV realice cobros de manera retroactiva por conceptos de Compensación con dichos ajustes, toda vez que no hay lugar a los mismos debido a que contractualmente se definió que esas tarifas no sufrirían modificaciones hasta tanto no se expidiera el nuevo régimen’.

“CUADRAGÉSIMO SEXTO: La **ANTV**, dando respuesta a lo anterior, remitió comunicación de fecha 13 de febrero de 2018 reiterando el cobro efectuado.

“CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO: **DIRECTV** emitió la comunicación de fecha 2 de marzo de 2018, con radicado E2018900005844, e identificada en el asunto como *‘Respuesta al radicado S2018300004364 de 13 de febrero de 2018, por medio de la cual se da respuesta a la carta de devolución de autoliquidaciones de 18 de enero*

de 2018', señalando las razones por las cuales se debe cumplir con lo previsto por las partes en el Otro Sí No. 11 del Contrato 057 de 1996, manifestando, en términos generales, que de la simple lectura del mismo se desprende claramente y sin lugar a dudas que, de acuerdo con lo pactado por las partes, las tarifas variables permanecerían fijas hasta la nueva expedición y/o entrada en vigencia del nuevo marco regulatorio relacionado con las contraprestaciones variables para la televisión por suscripción.

“CUADRAGÉSIMO OCTAVO: La **ANTV** remitió a **DIRECTV** la comunicación de fecha 23 de marzo de 2018, con radicado 82018100008239, en la que informó que, de conformidad con el párrafo del artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, daría respuesta antes del 16 de abril de 2018.

“CUADRAGÉSIMO NOVENO: A través de la comunicación de fecha 13 de abril de 2018 con radicado S2018100009881, la **ANTV** reiteró el cobro efectuado con ocasión de la Resolución No. 2174 de 2017, señalando, entre otras cosas, lo siguiente:

“En consecuencia, la interpretación sugerida por DIRECTV respecto de la prórroga al contrato 057 de 1996, llevaría a desdibujar la obligación primigenia y original de mantener actualizada la fórmula de remuneración, y con ello, lastimar injustificadamente el patrimonio público.

“Desde la óptica que nos ofrece la jurisprudencia del Consejo de Estado, arribar a una conclusión como la que propone DIRECTV, llevaría a la situación de admitir una prórroga de un contrato estatal parcialmente gratuita, clasificación que no es admisible dentro (sic) marco jurídico que gobierna la gestión fiscal en el derecho colombiano, desdibuja la esencia de las obligaciones primigenias a cargo del operador y, por ello, la ANTV se ratifica en la aplicación de las resoluciones 2173 y 2174 de 2017 para la vigencia fiscal correspondiente al año 2017, con lo cual, le asiste a DIRECTV la obligación de honrar lo pactado por medio del contrato 057 de 1996 y sus correspondientes prórrogas y otrosíes.

“(…).

“Así las cosas, dado su contenido material, las Resoluciones 2173 y 2174 de 2017 son verdaderos actos declarativos por cuanto de ellos no se infiere ninguna otra cuestión diferente a ‘la declaración o reconocimiento de la ocurrencia de un hecho y de su consecuencia jurídica’, al efecto, el reconocimiento del hecho consistente en la actualización de las tarifas correspondientes al ‘factor variable-valor por suscriptor mes’ (Res. 2173/ 17), Y la actualización del ‘valor por compensación de las concesiones de televisión por suscripción’ (Res. 2174/17). Los hechos de la relación contractual así lo demuestran y por tanto le son inoponibles a DIRECTV.

“Ciertamente, como quiera que DIRECTV, en su calidad de contratista-regulado, en pleno ejercicio de la autonomía sometió uno de los elementos esenciales de la prórroga a la ocurrencia de un hecho futuro y a su consecuencia jurídica, como lo era la

expedición o entrada en vigor de los actos por medio de los cuales la ANTV (sic) su calidad de contratante - regulador actualizara el factor variable por suscriptor mes y el valor de la compensación, las resoluciones 2173 y 2174 de 2017 gozan de naturaleza jurídica propia de los actos declarativos y, por ende, sus efectos rigen para toda la vigencia fiscal del año 2017. (...)'.

“QUINCUAGÉSIMO: No obstante las justificaciones que pretendió dar la **ANTV** respecto de la posibilidad de cobrarle retroactivamente a **DIRECTV** el pago de la contraprestación por ‘**COMPENSACIÓN**’ a través del acto administrativo general Resolución No. 2174 de 2017, lo cierto es que cualquier explicación resulta insuficiente frente al pacto expreso de las partes en las Cláusulas Cuarta y Sexta del Otro Sí No. 11 de 2016 que claramente determina que cualquier **modificación de las contraprestaciones económicas del Contrato No. 057 de 1996 tendría efectos únicamente hacia el futuro.**

“QUINCUAGÉSIMO PRIMERO: En todo caso **DIRECTV** se vio obligada a pagarle a la **ANTV** el valor exigido por esa Entidad como retroactividad por la tarifa de compensación que señaló la Resolución No. 2174 de 2017 para evitar sanciones, por lo cual mi representada efectuó el pago del citado retroactivo el 27 de abril de 2018 el cual ascendió a **SEISCIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES NUEVE MIL OCHOCIENTOS OCHENTA PESOS M/CTE (\$645'009.880)**, incluyendo intereses moratorias.

“QUINCUAGÉSIMO SEGUNDO: La discriminación de la citada suma es la siguiente:

“(a) El valor pagado retroactivamente por concepto de la contraprestación por compensación en la forma como lo dispuso la Resolución No. 2174 de 2017 ascendió a **SEISCIENTOS CATORCE MILLONES TRESCIENTOS VEINTICINCO MIL NOVECIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS M/CTE (\$614.325.976)**.

“(b) Los intereses de mora pagados ascendieron a **TREINTA MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS CUATRO PESOS M/CTE (\$30.683.904)**.

2.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA ARBITRAL

2.2.1 Contestación de la parte convocada frente a los hechos

En su escrito de contestación, la parte convocada se pronunció frente a los hechos relatados en la demanda arbitral de la siguiente manera:

- HECHOS QUE LA CONVOCADA RECONOCIÓ COMO CIERTOS: 1, 2, 3, 4, 7, 17, 28, 46, 47, 48, 49 y 51.

- HECHO QUE LA CONVOCADA RECONOCIÓ COMO PARCIALMENTE CIERTOS: 5.

- HECHOS QUE LA CONVOCADA DESMINTIÓ: 6, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 25, 30, 31, 32, 40, 41, 42, 43 y 44.

- HECHOS RESPECTO DE LOS CUALES LA CONVOCADA MANIFESTÓ QUE NO ERAN HECHOS: 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 26, 27, 29, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39 y 50.

- HECHO RESPECTO DEL CUAL LA CONVOCADA NO MANIFESTÓ SI LO CONSIDERABA CIERTO O NO: 45.

2.2.2 Excepciones

Al contestar la demanda, la convocada propuso cuatro excepciones que fueron las siguientes: “pleito pendiente”, “ilegalidad de la pretensión. Las prórrogas de los contratos con el Estado colombiano no son gratuitas y deben obedecer al cumplimiento de los fines estatales”, “*venire contra factum proprium non valet*” y “falta de jurisdicción arbitral para revisar actos fruto de funciones excepcionales o ajenas al derecho común”.

3. CONSIDERACIONES SOBRE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

3.1 DEMANDA EN FORMA

La demanda arbitral, subsanada como lo ordenó el Tribunal en su Auto No. 2 del 20 de mayo de 2019, se ajusta a la plenitud de las exigencias relativas a los requisitos que debe contener y por ello se admitió mediante Auto No. 3 del 31 de mayo de 2019.

3.2 CAPACIDAD DE LAS PARTES

Las partes en el presente asunto, **DIRECTV COLOMBIA LTDA.** y la **AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISIÓN – ANTV**, hoy **MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES – MINTIC**, son sujetos plenamente capaces y, por tratarse de un arbitraje en derecho, han comparecido al proceso por conducto de sus representantes legales y sus apoderados, abogados titulados que, por ende, detentan plena capacidad procesal.

3.3 COMPETENCIA

Las partes en este proceso han ejercido su derecho constitucional fundamental de acceder a la Administración de Justicia mediante un mecanismo alternativo de solución de conflictos denominado arbitraje, que la Constitución autoriza expresamente (artículo 116¹) y que la Ley 1563 de 2012 se encarga de regular.

La Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Ley 270 de 1996), por su parte, reconoce expresamente que los árbitros ejercen una función jurisdiccional –*iurisdictio*– (numeral 3º de su artículo 13) al estar investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia (inciso 3º de su artículo 8º), en consecuencia, ostentan la condición de jueces, tienen los mismos deberes y responsabilidades de cualquier otro juez, y se encuentran facultados para proferir providencias judiciales que pueden ser autos o laudos arbitrales.

¹ El inciso 4º del artículo 116, modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo No. 003 de 2002, establece: “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley” (subrayas fuera de texto).

Este Tribunal, en Auto No. 16 del 27 de enero de 2020, confirmado por el Auto No. 17 de la misma fecha, determinó que era competente para el juzgamiento y decisión de las pretensiones contenidas en la demanda por ser estas de contenido particular, naturaleza patrimonial y económica, y susceptibles de transacción y de libre disposición entre sujetos plenamente capaces, aunque aclarando que su competencia no comprendía “juicios de legalidad sobre actos administrativos”. Ahora, en este laudo, el Tribunal ratifica en los mismos términos su competencia para resolver las pretensiones de la demanda.

Al no advertir defecto procesal alguno que invalide la actuación surtida hasta el momento, el Tribunal procederá a resolver de fondo las controversias que se le han planteado.

4. CONSIDERACIONES SUSTANCIALES

4.1 EN RELACIÓN CON LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

4.1.1 En relación con las pretensiones principales primera y segunda: nulidad absoluta de un aparte de la cláusula SEXTA del Otrosí No. 11 de 2016 del Contrato No. 057 de 1996

El 14 de noviembre de 1996 se firmó el Contrato No. 057 de 1996 entre la **COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN** y **CARVAJAL S.A.** La duración de este contrato se fijó en diez (10) años, los cuales se prorrogarían “por un término igual y sucesivo, siempre que se siga ejecutando por esa sociedad la autorización que le fue conferida y así lo solicite con seis (6) meses de anterioridad al vencimiento. Posteriormente los derechos y obligaciones de ese contrato quedaron radicados en **GALAXY ENTERTAINMENT DE COLOMBIA S.A.**, que luego se denominó **GALAXY DE COLOMBIA LTDA.**, y finalmente, **DIRECTV COLOMBIA LTDA.**

El Contrato No. 057 de 1996 fue prorrogado por diez (10) años mediante Otrosí No. 7 del 10 de noviembre de 2006 y se prorrogó de nuevo por otros diez (10) años mediante Otrosí No. 11 del 11 de noviembre de 2016.

En este último otrosí las partes, para ese momento la **AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISIÓN – ANTV**, que reemplazó a la **COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN – CNTV**, y **DIRECTV COLOMBIA LTDA.**, acordaron una nueva regulación de los pagos que haría el Concesionario, durante la vigencia del Contrato. Por un lado, el Concesionario pagaría el “VALOR DE LA PRÓRROGA” (cláusulas SEGUNDA y TERCERA), conformado por un componente fijo (\$51’082.067.00 M/L) y un componente variable (lo que resultara de multiplicar el “Número de Suscriptores Reportados Mensualmente” por la “Tarifa de Concesión Variable”), y por otro, el Concesionario pagaría una “COMPENSACIÓN” (cláusulas CUARTA y QUINTA) variable (lo que resultara de multiplicar el “Número de Suscriptores Reportados Mensualmente” por la “Tarifa de Compensación”). Adicionalmente, en la cláusula SEXTA, titulada “MODIFICACIÓN EN LAS CARGAS ECONÓMICAS DEL CONTRATO”, se acordó:

“Cualquier cambio normativo y/o regulatorio en relación con el monto de la compensación o la forma de pago, o de cualquier otro aspecto establecido en el contrato, sus modificaciones y prórrogas, será de obligatorio cumplimiento para el CONCESIONARIO, a partir de su

entrada en vigencia. En todo caso los valores de los montos variables quedarán fijos a los valores vigentes a la fecha de la firma del presente documento hasta tanto no se expida y/o entre en vigencia el nuevo marco regulatorio relacionado con las contraprestaciones para la televisión por suscripción” (subrayas fuera de texto).

En su primera pretensión principal, la convocante solicitó al Tribunal declarar la nulidad absoluta de la primera parte de esta cláusula SEXTA (la parte subrayada) “por haber previsto una modificación automática de las contraprestaciones del contrato”.

Sobre la nulidad absoluta de los contratos y sus causales, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha explicado:

“Es sabido que, las nulidades absolutas constituyen vicios e imperfecciones en las que puede incurrir el proceso de formación de los contratos, de tal gravedad, que impiden que éstos se celebren o se continúen ejecutando. Su declaración pretende proteger el interés jurídico que rodea a la materia contractual, dando lugar a normas imperativas o de orden público que no pueden ser desconocidas ni discutidas por las partes. Por ello, las nulidades absolutas pueden ser demandadas por las partes, el ministerio público y cualquier persona.

“Además, atendiendo a la afectación que producen en el orden jurídico no son susceptibles de reparación, enmienda o saneamiento por las partes; por el contrario, imponen la terminación de forma inmediata del contrato que las contiene.

“Con el fin de salvaguardar el principio de legalidad, el interés general, el orden público y de otorgar seguridad jurídica, la ley ha previsto algunas situaciones como constitutivas de nulidad absoluta de los contratos estatales, cuando quiera que no se cumplan los requisitos esenciales para su formación o existencia, las cuales acarrearán como consecuencia, la privación de los efectos jurídicos del negocio celebrado en tales condiciones.

“Las causales de nulidad absoluta del contrato, como en todo régimen de sanciones, son de carácter taxativo y de interpretación restrictiva, razón por la cual respecto de ellas no cabe la aplicación por analogía, lo cual impone que se encuentren expresamente previstas en la ley”².

Y sobre las causales taxativas de nulidad absoluta de los contratos estatales, también ha dicho la jurisprudencia del Consejo de Estado:

“En cuanto a las causales de nulidad absoluta de los contratos del Estado, el artículo 44 de la ley 80 de 1993 prescribe:

““Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

““1o. Se celebren con personas incurras en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley;

² CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 24 de marzo de 2011, radicación No. 25000-23-26-000-1996-03880-01(20185). Consejera ponente: Olga Melida Valle de De la Hoz.

“2o. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal.

“3o. Se celebren con abuso o desviación de poder.

“4o. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten; y

“5o. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta Ley’.

“Ha de precisarse que no sólo se han adoptado como causales de nulidad absoluta los casos determinados en el artículo transcrito, sino también aquellos eventos establecidos en el Código Civil como constitutivos de nulidad absoluta de los actos o contratos -según las previsiones de sus artículos 6 y 1741-.

“Así las cosas, forzoso resulta concluir que los contratos estatales serán nulos de manera absoluta i) en los eventos previstos en los artículos 6 y 1741 del Código Civil y, ii) en los casos específicamente determinados en los numerales del transcrito artículo 44 de la Ley 80.

“En ese contexto, al integrar en un solo y único listado todas las causales de nulidad absoluta, resulta posible señalar que las siguientes son las causales de nulidad absoluta de los contratos estatales:

“a).- Los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley;

“b).- Ilícitud en el objeto;

“c).- Ilícitud en la causa;

“d).- Falta de la plenitud de los requisitos o de la forma solemne que las leyes prescriban para el valor del correspondiente contrato, en consideración a su naturaleza y no a la calidad o estado de las partes;

“e).- Incapacidad absoluta de quien o quienes concurren a su celebración;

“f).- Celebración del contrato con personas incursas en causales de inhabilidad o de incompatibilidad previstas en la Constitución Política o en la ley;

“g).- Celebración del contrato contra expresa prohibición constitucional o legal;

“h).- Celebración del contrato con abuso o desviación de poder;

“i).- Declaración de nulidad de los actos administrativos en que se fundamenten los respectivos contratos estatales, y

“j).- Celebración del contrato con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales

y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata la propia Ley 80”³.

Teniendo en cuenta que las causales de nulidad absoluta son taxativas, que en las pretensiones de la demanda se solicitó declarar la nulidad absoluta de un aparte de la cláusula SEXTA del Otrosí No. 11 del Contrato No. 057 de 1996 “por haber previsto una modificación automática de las contraprestaciones del contrato”, y que esta no es una de las causales de nulidad absoluta taxativamente señaladas en la Ley, este Tribunal no podría acceder a esa solicitud de nulidad.

Con todo, como la convocante al sustentar su primera pretensión principal (numeral 5.2 de la demanda) estima que “la Cláusula Sexta del Otrosí No. 11 de 2016 debe ser declarada nula al amparo del artículo 1519 del Código Civil que determina que ‘(...) **Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la Nación.** (...)’ (subrayado y negrilla fuera de texto), en la medida en que el artículo 16 del mismo ordenamiento civil determina que “No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres”, el Tribunal analizará a continuación si es procedente declarar la nulidad absoluta de la primera parte de la cláusula SEXTA del Otrosí No. 11 del Contrato No. 057 de 1996, al ser la “ilicitud en el objeto” una causal de nulidad absoluta que sí está prevista en la ley.

Según la convocante, la cláusula SEXTA del Otrosí No. 11 del Contrato No. 057 de 1996 quebrantó varias normas legales, entre estas el artículo 24 de la Ley 80 de 1993. Explicó la convocante:

“... cuando el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 señala que la motivación debe ser ‘detallada y precisa’, está sin duda alguna implícitamente indicando que los actos administrativos que se expidan con ocasión de la actividad contractual no pueden ser actos generales y abstractos, aplicables indistintamente a todo contratista del Estado, pues es evidente que, independientemente de la actividad regulatoria de la ANTV desde el punto de vista sectorial, esa potestad no permite en todo caso violar los derechos de los contratistas, modificando un contrato estatal respectivo mediante actos administrativos generales, sin motivación específica respecto del concreto contratista a quien se le pretende hacer la modificación.

“Es por ello que si entre la Autoridad y mi representada existía una relación contractual, no podía haberse pactado en la Cláusula Sexta del Otro Sí No. 11 de 2016 que operarían modificaciones automáticas al contrato cuando ellas se pretendan hacer mediante la expedición de actos administrativos de carácter general, que no cumplen la regla de ser un acto administrativo particular para el respectivo contratista, en el que de forma ‘detallada y precisa’ se le explique la modificación que a él se le hace en particular y respecto de su contrato específico”.

El numeral 7º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 dispone:

“ARTÍCULO 24. DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA. En virtud de este principio:

³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 27 de marzo de 2014, radicación No. 25000-23-26-000-1998-02814-01(26939). Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón.

“1º. ...

“7º. Los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los informes de evaluación, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso de escogencia”.

Por su parte, la cláusula SEXTA del Otrosí No. 11 del Contrato No. 057 de 1996, en el aparte que según la convocante es contrario al citado numeral 7º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, dice lo siguiente:

“Cualquier cambio normativo y/o regulatorio en relación con el monto de la compensación o la forma de pago, o de cualquier otro aspecto establecido en el contrato, sus modificaciones y prórrogas, será de obligatorio cumplimiento para el CONCESIONARIO, a partir de su entrada en vigencia”.

Al comparar el numeral 7º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y la primera parte de la cláusula SEXTA del Otrosí No. 11 del Contrato No. 057 de 1996, este Tribunal no encuentra la contradicción o vulneración entre ellos que alega la convocante. Si en el primero se dice que “los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa”, esto no se desconoce en la cláusula SEXTA del Otrosí No. 11 del Contrato No. 057 de 1996. En primer lugar, porque esta cláusula nada dice sobre la motivación de actos administrativos contractuales, que es lo que regula el numeral 7º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993. En segundo lugar, porque de la cláusula no se deduce algo contrario a la norma legal, es decir, si en esta se dispone que los actos administrativos contractuales se motiven “en forma detallada y precisa”, de la cláusula no se deduce que esos mismos actos no hay que motivarlos “en forma detallada y precisa”. Y en tercer lugar, lo que interpreta el Tribunal es que la cláusula tuvo por objeto adaptar el contrato de manera consensuada a las nuevas realidades que se presentaran. La cláusula cuestionada ni siquiera fue producto de una decisión impuesta de manera unilateral por la entidad convocada, como las que permite el estatuto contractual en ciertos contratos cuando no hay acuerdo entre las partes del negocio, sino del consenso al que llegaron. De allí que, si la convocante hubiese tenido algún cuestionamiento sobre dicha cláusula, debió hacerlo conocer o abstenerse de suscribirla, máxime si consideraba que ese acuerdo contravenía el derecho público, aspecto este último que, valga anotar, el Tribunal no vislumbra para proceder a retirarla del ordenamiento jurídico, pues en verdad no encuentra que esté viciada por objeto ilícito, es decir, que afecte el orden público, la moral o las buenas costumbres, como alega la convocante.

El hecho de que mediante la cláusula hoy cuestionada por la convocante se haya previsto que el Concesionario se obliga a acatar los cambios normativos y regulatorios respecto al monto de la compensación o la forma de pago, o cualquier otro aspecto establecido en el contrato, no implica *per se*, como lo quiere hacer saber la convocante, que pueda calificarse de ilícita, si se tiene en cuenta que de las pruebas aportadas no se puede inferir que esta haya estado en una posición desigual frente a la convocada en la negociación de la cláusula, como para que esta se torne en abusiva, ni mucho menos que la cláusula sea una patente de corso para que la entidad contratante pueda imponer cualquier clase de regla al contratante. Se trata

más bien de entender que hoy por hoy los contratos, en especial, los que tienen una duración considerable, deben adaptarse a las nuevas realidades por razones de interés público, sin que ello implique el sacrificio de la justa correspondencia en el intercambio de prestaciones.

Otras normas legales que según la convocante fueron vulneradas en la cláusula SEXTA del Otrosí No. 11 del Contrato No. 057 de 1996, fueron: el inciso 2º del artículo 77 de la Ley 80 de 1993⁴, el artículo 29 de la Constitución⁵ y los artículos 66, 67, 68, 69 y 76 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)⁶. Revisadas

⁴ Inciso 2º del artículo 77 de la Ley 80 de 1993: “Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo”.

⁵ Artículo 29 de la Constitución: “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

“En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

“Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

“Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

⁶ Artículos 66, 67, 68, 69 y 76 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA): “ARTÍCULO 66. DEBER DE NOTIFICACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARÁCTER PARTICULAR Y CONCRETO. Los actos administrativos de carácter particular deberán ser notificados en los términos establecidos en las disposiciones siguientes.

“ARTÍCULO 67. NOTIFICACIÓN PERSONAL. Las decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, a su representante o apoderado, o a la persona debidamente autorizada por el interesado para notificarse.

“En la diligencia de notificación se entregará al interesado copia íntegra, auténtica y gratuita del acto administrativo, con anotación de la fecha y la hora, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo.

“El incumplimiento de cualquiera de estos requisitos invalidará la notificación.

“La notificación personal para dar cumplimiento a todas las diligencias previstas en el inciso anterior también podrá efectuarse mediante una cualquiera de las siguientes modalidades:

“1. Por medio electrónico. Procederá siempre y cuando el interesado acepte ser notificado de esta manera.

“La administración podrá establecer este tipo de notificación para determinados actos administrativos de carácter masivo que tengan origen en convocatorias públicas. En la reglamentación de la convocatoria impartirá a los interesados las instrucciones pertinentes, y establecerá modalidades alternativas de notificación personal para quienes no cuenten con acceso al medio electrónico.

“2. En estrados. Toda decisión que se adopte en audiencia pública será notificada verbalmente en estrados, debiéndose dejar precisa constancia de las decisiones adoptadas y de la circunstancia de que dichas decisiones quedaron notificadas. A partir del día siguiente a la notificación se contarán los términos para la interposición de recursos.

“ARTÍCULO 68. CITACIONES PARA NOTIFICACIÓN PERSONAL. Si no hay otro medio más eficaz de informar al interesado, se le enviará una citación a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil, para que comparezca a la diligencia de notificación personal. El envío de la citación se hará dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto, y de dicha diligencia se dejará constancia en el expediente.

“Cuando se desconozca la información sobre el destinatario señalada en el inciso anterior, la citación se publicará en la página electrónica o en un lugar de acceso al público de la respectiva entidad por el término de cinco (5) días.

“ARTÍCULO 69. NOTIFICACIÓN POR AVISO. Si no pudiere hacerse la notificación personal al cabo de los cinco (5) días del envío de la citación, esta se hará por medio de aviso que se

estas disposiciones, el Tribunal tampoco observa contradicción entre estas normas y dicha cláusula, por razones similares a las expresadas en relación con el numeral 7º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993. Por un lado, la cláusula no se refiere a los mismos asuntos regulados en esas normas, y si no se refiere los mismos asuntos, mucho menos contradice esas normas en los asuntos que regulan. Y por otro lado, de la cláusula no se infiere que se esté vulnerando el orden público, la moral o las buenas costumbre por lo que no habría lugar a considerar que su objeto sea ilícito. El fin de la cláusula fue permitir que el contrato se adaptara a las nuevas realidades de manera legítima y consensuada con el concesionario.

Por lo anterior, el Tribunal negará la primera pretensión principal al igual que la segunda pretensión principal por ser consecuencial de aquella.

4.1.2 En relación con la tercera pretensión principal: nulidad de las cláusulas CUARTA y QUINTA del Otrosí No. 11 de 2016 del Contrato No. 057 de 1996

La tercera pretensión principal de la demanda es una solicitud para que se declare la nulidad de las cláusulas CUARTA y QUINTA del Otrosí No. 11 del Contrato No. 057 de 1996, que tratan sobre el pago de una “compensación” por parte del Concesionario. Las causales alegadas para solicitar la nulidad de esas cláusulas fueron: desviación de poder, abuso de poder, causa ilícita, objeto ilícito y ausencia de competencia de la ANTV para pactarlas.

4.1.2.1 SOBRE LA CAUSAL DE DESVIACIÓN DE PODER

Expone la convocante que en las cláusulas CUARTA y QUINTA del Otrosí No. 11 del Contrato No. 057 de 1996 se pactó el pago de la “compensación” a la que se refería el artículo 49 de la Ley 14 de 1991, vigente al momento de acordarse el Otrosí (año 2016), y derogado por el artículo 51 de la Ley 1978 de 2019.

Sobre esa compensación decía el artículo 49 de la Ley 14 de 1991:

remitirá a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil, acompañado de copia íntegra del acto administrativo. El aviso deberá indicar la fecha y la del acto que se notifica, la autoridad que lo expidió, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse, los plazos respectivos y la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al de la entrega del aviso en el lugar de destino.

“Cuando se desconozca la información sobre el destinatario, el aviso, con copia íntegra del acto administrativo, se publicará en la página electrónica y en todo caso en un lugar de acceso al público de la respectiva entidad por el término de cinco (5) días, con la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al retiro del aviso.

“En el expediente se dejará constancia de la remisión o publicación del aviso y de la fecha en que por este medio quedará surtida la notificación personal”.

“... ”

“ARTÍCULO 76. OPORTUNIDAD Y PRESENTACIÓN. Los recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo, salvo en el evento en que se haya acudido ante el juez.

“Los recursos se presentarán ante el funcionario que dictó la decisión, salvo lo dispuesto para el de queja, y si quien fuere competente no quisiere recibirlos podrán presentarse ante el procurador regional o ante el personero municipal, para que ordene recibirlos y tramitarlos, e imponga las sanciones correspondientes, si a ello hubiere lugar.

“El recurso de apelación podrá interponerse directamente, o como subsidiario del de reposición y cuando proceda será obligatorio para acceder a la jurisdicción.

“Los recursos de reposición y de queja no serán obligatorios”.

“ARTÍCULO 49. Cánones y tarifas. En los contratos se establecerá la obligación a cargo de los concesionarios de pagar, como compensación por la utilización y explotación de los canales radioeléctricos del Estado, el diez por ciento (10%) del total de los ingresos provenientes exclusivamente de la operación del servicio de televisión por suscripción, sin perjuicio del canon de concesión, fijado por el Ministerio de Comunicaciones. Esta compensación será destinada al financiamiento de la programación educativa y cultural que realice el Estado a través de la Compañía de Informaciones Audiovisuales y de las Organizaciones Regionales de Televisión” (subrayas fuera de texto).

Utilizando esta norma legal como fundamento, la convocante sustentó su pretensión de nulidad de las cláusulas CUARTA y QUINTA del Otrosí No. 11 del Contrato No. 057 de 1996, por desviación de poder, de la siguiente manera:

“De acuerdo con la norma transcrita, el legislador previó expresamente y de manera clara el hecho que genera el pago de la contraprestación por **compensación**, que no es otro que la utilización y explotación de los canales radioeléctricos del Estado.

“Como únicamente hay lugar al pago de la contraprestación por compensación cuando se utilizan y explotan los canales radioeléctricos del Estado, si la ANTV fija tal contraprestación por un hecho diferente del que determinó el legislador, incurre en desviación de poder, pues a pesar de que la Ley le otorga la función de fijar el valor de las contraprestaciones, el ejercicio de la función no puede hacerse arbitrariamente.

“Por tal motivo, en el presente caso las cláusulas CUARTA y QUINTA del Otro Sí 11 de 2016 pactadas para que DIRECTV pague una contraprestación por compensación no tienen justificación legal alguna y, por lo tanto, merecen ser excluidas del contrato por estar viciadas de nulidad absoluta”.

Al ser el derogado artículo 49 de la Ley 14 de 1991 la norma legal en torno a la cual gira la pretensión de nulidad por desviación de poder, debe tenerse en cuenta que a esa norma se refería el parágrafo 2º del artículo 43 de la Ley 182 de 1995, modificado por el artículo 8º de la Ley 335 de 1996 y después derogado por el artículo 51 de la Ley 1978 de 2019, que antes de su derogación decía:

“PARÁGRAFO 2º. Hasta la fecha de cesión de los contratos a la Comisión Nacional de Televisión, los concesionarios del servicio de televisión cerrada o por suscripción, seguirán cancelando la compensación a que refiere el artículo 49 de la Ley 14 de 1991.

“Si la Comisión decidiera prorrogar tales contratos por haberse satisfecho las condiciones contractuales para tal evento y por satisfacer los objetivos de las políticas que trace tal ente autónomo, la Comisión percibirá la compensación que fije en idénticas condiciones de los operadores nuevos y la destinará a la promoción de la televisión pública”.

Igualmente, para saber quiénes eran “los concesionarios del servicio de televisión cerrada o por suscripción” que, de acuerdo con el citado párrafo 2º del artículo 43 de la Ley 182 de 1995, seguirían “cancelando la compensación a que se refiere el artículo 49 de la Ley 14 de 1991”, resulta fundamental conocer la clasificación establecida en el artículo 20 de la misma Ley 182 de 1995:

“ARTÍCULO 20. CLASIFICACIÓN DEL SERVICIO EN FUNCIÓN DE LOS USUARIOS. La clasificación del servicio en función de los usuarios, atiende a la destinación de las señales emitidas. En tal sentido la Comisión clasificará el servicio en:

“a) Televisión abierta: es aquella en la que la señal puede ser recibida libremente por cualquier persona ubicada en el área de servicio de la estación, sin perjuicio de que, de conformidad con las regulaciones que al respecto expida la Comisión Nacional de Televisión, determinados programas se destinen únicamente a determinados usuarios;

“b) Televisión por suscripción: es aquella en la que la señal, independientemente de la tecnología de transmisión utilizada y con sujeción a un mismo régimen jurídico de prestación, está destinada a ser recibida únicamente por personas autorizadas para la recepción” (subrayas fuera de texto).

Por último, también es relevante el artículo 64 de la Ley 182 de 1995, el cual dispuso:

“A partir de la vigencia de la presente Ley, quedan derogados los siguientes artículos de la Ley 14 de 1991: 1o., 2o., 3o. (incisos 1, 2, 5 y 6), 5o., 6o., 7o., 8o., 10, 11, 12, 13, 15, 16, 21 (inciso 2), 26, 29, 30, 31, 32, 33, 35, 38 (y su párrafo), 41, 51, 54 y 55.

“En general se derogan y modifican las disposiciones legales en cuanto sean contrarias a lo previsto en la presente Ley”.

Analizando todas estas disposiciones y no solamente el artículo 49 de la Ley 14 de 1991 en el que se fundamentó la solicitud de nulidad por desviación de poder, encuentra el Tribunal que, en efecto, este artículo sí estableció una “compensación por la utilización y explotación de los canales radioeléctricos del Estado”, sin embargo, posteriormente el párrafo 2º del artículo 43 de la Ley 182 de 1995 dispuso que esa compensación la seguirían cancelando “los concesionarios del servicio de televisión cerrada o por suscripción”, sin distinguir si estos concesionarios utilizaban o explotaban los canales radioeléctricos del Estado, lo cual quedó todavía más claro en el artículo 20 de la misma ley, al definir la televisión por suscripción como “aquella en la que la señal, independientemente de la tecnología de transmisión utilizada y con sujeción a un mismo régimen jurídico de prestación, está destinada a ser recibida únicamente por personas autorizadas para la recepción” (subrayas fuera de texto).

De acuerdo con lo anterior, este Tribunal interpreta que la Ley 182 de 1995 dejó vigente la compensación del artículo 49 de la Ley 14 de 1991, pero amplió su pago a todos “los concesionarios del servicio de televisión cerrada o por suscripción” (párrafo 2º del artículo 43), “independientemente de la tecnología de transmisión” que utilizaran (artículo 20), quedando de esta

manera implícitamente modificado el artículo 49 de la Ley 14 de 1991, de conformidad con el inciso 2º del artículo 64 de la Ley 182 de 1995.

Al concluir este Tribunal que **DIRECTV COLOMBIA LTDA.**, como cualquier otro concesionario del servicio de televisión cerrada o por suscripción, sí estaba obligado a pagar a la compensación del artículo 49 de la Ley 14 de 1991, porque esto fue lo que dispuso el parágrafo 2º del artículo 43 de la Ley 182 de 1995, queda sin piso la argumentación de la convocante encaminada a que se declare la nulidad de las cláusulas CUARTA y QUINTA del Otrosí No. 11 del Contrato No. 057 de 1996, por desviación de poder. De acuerdo con la convocante, estas cláusulas “no tienen justificación legal alguna y, por lo tanto, merecen ser excluidas del contrato por estar viciadas de nulidad absoluta”, pero como lo ha determinado este Tribunal, el pago de la compensación al que se refieren esas cláusulas sí se encontraba debidamente sustentado en la legislación, específicamente en el artículo 49 de la Ley 14 de 1991, así como en el artículo 20 y el parágrafo 2º del artículo 43 de la Ley 182 de 1995.

Debe anotarse también que la figura esgrimida por la convocante para solicitar la nulidad de la cláusula cuestionada tampoco sería la pertinente, habida cuenta que no se observa que la misma persiga un fin diferente al ordenado por la norma. El pago por concepto de la compensación lo que busca precisamente es dar cumplimiento a la disposición que la autoriza y, además, no se observa que haya sido impuesto de manera unilateral por la convocada, pues la cláusula fue producto del acuerdo al que llegaron las partes para prorrogar el contrato.

4.1.2.2 SOBRE LA CAUSAL DE ABUSO DE PODER

Al alegar esta causal de nulidad, la convocante manifestó:

“En el caso que aquí nos ocupa, el concepto de abuso por parte de la ANTV es claramente visible y determinable.

“En efecto, para dar inicio al análisis del concepto de abuso del derecho en el caso concreto, debe decirse que las cláusulas CUARTA y QUINTA del Otro No. Sí 11 de 2016 son abusivas, porque en ellas la ANTV le impuso a DIRECTV un pago por un hecho que no ejecuta, esto es, se le estableció un pago para sufragar el supuesto uso y explotación de canales radioeléctricos que mi representada nunca ha tenido asignados para la prestación del servicio de televisión por suscripción que presta con ocasión del Contrato No. 057 de 1996, habiéndose visto DIRECTV obligada a suscribirlas, so pena de no serle prorrogado el Contrato”.

Al respecto, este Tribunal debe reiterar que **DIRECTV COLOMBIA LTDA.** sí estaba obligada legalmente a pagar la compensación acordada en las cláusulas CUARTA y QUINTA del Otrosí No. 11 del Contrato No. 057 de 1996, luego, no puede decirse que la **ANTV** incurrió en un abuso de poder al exigir que en la prórroga de este contrato se incluyeran esas cláusulas para que el Concesionario cumpliera un deber legal consistente en el pago de dicha compensación. La convocante era libre de aceptar o no la cláusula que exigía, por la explotación del servicio, pagar la compensación, luego, si la aceptó, debe honrar el compromiso, sobre todo porque el tribunal no la podría anular al no observar prueba alguna orientada a demostrar que la cláusula fue impuesta en atención a una posición fuerte o dominante de la

convocada, como para poner en una posición de desventaja al convocante, que le impidiera cuestionarla.

4.1.2.3 SOBRE LA CAUSAL DE CAUSA ILÍCITA

Expresó la convocante sobre esta causal de nulidad:

“En el presente caso, sin que ocurra el hecho generador o concepto previsto por el legislador en el artículo 49 de la Ley 14 de 1991, no puede la **ANTV**, por el simple hecho de su manifestación de voluntad, obtener recursos sin causa legal, toda vez que cualquier cláusula suscrita por la Autoridad en tales términos no alcanza a generar el efecto de constituir ni un derecho a su favor, ni tampoco una obligación dineraria legítima para ser cumplida por el contratista **DIRECTV**, en la medida que la ausencia de soporte legal para su exigibilidad, afecta sin duda de nulidad un pacto contractual en tal sentido, dada su **causa ilegal o ilícita**, pues ello es contrario al orden público y a la Ley que autoriza bajo precisos postulados la fijación de la contraprestación por **compensación**.

“De tal modo que al amparo de esta de nulidad es menester dejar sin efectos las cláusulas **CUARTA** y **QUINTA** del Otro Sí No. 11 de 2016 del Contrato No. 057 de 1996 por causa ilícita”.

Como vemos, alega la convocante que el pago de la compensación al que se refieren las cláusulas CUARTA y QUINTA del Otrosí No. 11 del Contrato No. 057 de 1996, carece de “soporte legal para su exigibilidad”, afirmación que este Tribunal no comparte, pues como ya se ha dicho, el cobro de esa compensación se encuentra legalmente soportado en el artículo 49 de la Ley 14 de 1991 y en el artículo 20 y el parágrafo 2º del artículo 43 de la Ley 182 de 1995, lo que significa que sí tiene una causa real y lícita.

4.1.2.4 SOBRE LA CAUSAL DE OBJETO ILÍCITO

En cuanto a esta causal de nulidad, la convocante señaló:

“Al confrontar la orden imperativa del artículo 49 de la Ley 14 de 1991 con la estipulación de las partes contenida en el Otro Sí No. 11 de 2016, se observa sin lugar a dudas que la contraprestación por “**compensación**” que se cobra a mi representada contradice una norma de derecho público de la Nación, pues el pago allí pactado se aparta totalmente del hecho generador que la disposición determina y que no es otro que la utilización de los canales radioeléctricos que use el concesionario de televisión, cuestión que en el presente asunto, ni siquiera ostenta **DIRECTV**”.

Frente a esta argumentación de la convocante, el Tribunal debe poner de presente, nuevamente, que la obligación de pagar la compensación establecida en el artículo 49 de la Ley 14 de 1991 fue ampliada por el parágrafo 2º del artículo 43 de la Ley 182 de 1995 a todos “los concesionarios del servicio de televisión cerrada o por suscripción”, sin distinguir entre los que utilizaban o explotaban canales radioeléctricos y los que no, en consecuencia, **DIRECTV COLOMBIA LTDA.**, por Ley, sí estaba obligada a pagar esa compensación y por esto era lícito que en las cláusulas CUARTA y QUINTA del Otrosí No. 11 del Contrato No. 057 de 1996 se obligara contractualmente a cumplir con ese deber legal.

4.1.2.5 SOBRE LA CAUSAL DE AUSENCIA DE COMPETENCIA DE LA ANTV PARA PACTARLAS

Al solicitar la nulidad por esta causal, la convocante argumentó:

“En concordancia y muy de la mano de la causal de nulidad por objeto ilícito por violación de una norma de orden público, aparece una última causal de nulidad de las cláusulas CUARTA y QUINTA por los mismos hechos, que se presenta cuando la ANTV exige el pago a DIRECTV de una contraprestación por compensación, a pesar de que tal operador de televisión no usa frecuencias o canales radioeléctricos del Estado para la prestación del servicio de televisión por suscripción.

“En efecto, la ANTV fundamenta su cobro en el pacto establecido en las cláusulas CUARTA y QUINTA del Otro Sí No. 11 de 2016 pero sucede que tal situación conlleva implícitamente el ejercicio de una competencia que la Autoridad no puede adquirir por virtud de una simple convención, generándose necesariamente la vulneración del principio de legalidad, que es también uno de los pilares y valores fundamentales del Estado de derecho”.

Al igual que las otras causales de nulidad alegadas por la convocante, esta última causal tampoco puede prosperar. Según el artículo 1524 del Código Civil, “no puede haber obligación sin causa real y lícita”. En el presente caso, el Tribunal encuentra que la obligación de **DIRECTV COLOMBIA LTDA.**, consistente en pagar la compensación, sí tiene una causa real y lícita, pues fueron los artículos 49 de la Ley 14 de 1991 y el parágrafo 2º del artículo 43 de la Ley 182 de 1995 los que motivaron la inclusión de esa obligación en el Contrato No. 057 de 1996.

De conformidad con las anteriores consideraciones, el Tribunal negará la tercera pretensión principal de la demanda.

4.1.3 En relación con la primera pretensión subsidiaria de las pretensiones principales primera, segunda y tercera: nulidad de los artículos 2, 4, 6 y 9 de la Resolución No. 1813 de 2017 expedida por la ANTV, por desviación y abuso de poder, por falsa motivación, por objeto ilícito, por causa ilícita y por ausencia de competencia

Sobre la competencia de los árbitros para conocer y resolver controversias relacionadas con la legalidad de actos administrativos, la Corte Constitucional en sentencia C-1436 de 2000, reiterada en la sentencia SU-174 de 2007, expuso:

“... considera esta corporación que la facultad que tiene el Estado, a través de la jurisdicción, para confrontar las actuaciones de la administración con el ordenamiento constitucional y legal normativo, a efectos de determinar si éstas se ajustan al principio de legalidad que les es propio, es competencia exclusiva de la jurisdicción, que los particulares no pueden derogar a través de la cláusula compromisoria o el pacto arbitral.

“Los particulares, investidos de la facultad transitoria de administrar justicia, en su calidad de árbitros, no pueden hacer pronunciamiento alguno que tenga como fundamento determinar la legalidad de la

actuación estatal, por cuanto corresponde al Estado, a través de sus jueces, emitir pronunciamientos sobre la forma como sus diversos órganos están desarrollando sus potestades y competencias. En este orden de ideas, esta potestad no puede quedar librada a los particulares, así éstos estén investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia, por cuanto a ellos sólo les compete pronunciarse sobre aspectos que las partes en conflicto pueden disponer, y el orden jurídico, en este sentido, no es objeto de disposición, pues se entiende que cuando la administración dicta un acto administrativo lo hace en uso de las potestades que la Constitución y la ley le han asignado, sin que a los particulares les pueda asistir la facultad de emitir fallos sobre ese particular. El pronunciamiento en este campo, es exclusivo de la jurisdicción, por tratarse de aspectos que tocan con el orden público normativo, que no es susceptible de disposición alguna”.

El Consejo de Estado, por su parte, se ha pronunciado en el mismo sentido:

“Cabe recordar que la jurisdicción contencioso administrativa, de estirpe constitucional (artículos 236 a 238 Constitución Política), ‘... está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado...’ (artículo 82 Código Contencioso Administrativo).

“Fue, pues, en esta jurisdicción donde el legislador radicó, en forma exclusiva, la facultad de juzgamiento de la legalidad de los actos de la administración, de donde no resulta admisible aceptar la tesis, conforme a la cual, las partes pueden disponer o transigir respecto de la legalidad de los actos administrativos, por tratarse precisamente de un aspecto en que se encuentran involucradas normas de derecho público y el ejercicio del poder público. Empero, aún en la ocurrencia de que la cláusula compromisoria llegara a contemplar tal permisión, el juez excepcional, esto es, el arbitral, tendría vedado pronunciarse sobre la legalidad del acto y de los efectos no transigibles, pues es este un aspecto en que se encuentra seriamente comprometido el orden jurídico, para cuya protección, en el caso de la actividad estatal, se halla instituida la jurisdicción contencioso administrativa, de manera exclusiva y excluyente a cualquiera otra jurisdicción o autoridad, por tratarse del ejercicio de una función del Estado que implica manifestación del poder público, el cual es ajeno a la actividad de los administrados”⁷.

En el presente caso, la convocante, en la primera pretensión subsidiaria de las pretensiones principales primera, segunda y tercera, solicitó declarar la nulidad de los artículos 2, 4, 6 y 9 de la Resolución No. 1813 de 2017 expedida por la **ANTV**. Como este es un acto administrativo de carácter general, ningún pronunciamiento puede hacer este Tribunal Arbitral respecto a su legalidad, pues la competencia para hacer un pronunciamiento como ese la tiene de forma exclusiva la jurisdicción contencioso-administrativa, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa anteriormente citada.

En consecuencia, este Tribunal, por falta de competencia, se inhibirá de resolver la primera pretensión subsidiaria de las pretensiones principales primera, segunda y tercera.

⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 23 de febrero de 2000, radicación No. 16394. Consejero ponente: Germán Rodríguez Villamizar.

4.1.4 En relación con la cuarta pretensión principal: declarar que la interpretación correcta de la cláusula SEXTA del Otrosí No. 11 de 2016 del Contrato No. 057 de 1996 no le permitía a la ANTV efectuarle cobros retroactivos a DIRECTV COLOMBIA LTDA. respecto de la contraprestación por compensación

4.1.4.1 INTERPRETACIÓN DE LA CLÁUSULA SEXTA DEL OTROSÍ No. 11 DE 2016, MEDIANTE EL CUAL SE PRORROGÓ EL CONTRATO No. 057 DE 1996

En la cláusula SEXTA del Otrosí No. 11 de 2016, las partes acordaron:

“Cualquier cambio normativo y/o regulatorio en relación con el monto de la compensación o la forma de pago, o de cualquier otro aspecto establecido en el contrato, sus modificaciones y prórrogas, será de obligatorio cumplimiento para el CONCESIONARIO, a partir de su entrada en vigencia. En todo caso los valores de los montos variables quedarán fijos a los valores vigentes a la fecha de la firma del presente documento hasta tanto no se expida y/o entre en vigencia el nuevo marco regulatorio relacionado con las contraprestaciones para la televisión por suscripción” (subrayas fuera de texto).

Al sustentar su pretensión, la convocante argumentó:

“Es evidente que la simple lectura de la segunda parte de la **‘CLÁUSULA SEXTA’** muestra que las modificaciones de las **‘cargas económicas del contrato’** sólo serían **‘de obligatorio cumplimiento para EL CONCESIONARIO, a partir de su entrada en vigencia’**, habiendo aclarado los contratantes que **‘En todo caso los valores de los montos variables quedarán fijos a los valores vigentes a la fecha de la firma del presente documento hasta tanto no se expida y/o entre en vigencia el nuevo marco regulatorio relacionado con las contra. prestaciones para la televisión por suscripción’**. (Subrayado, negrilla y aumento de letra fuera de texto para denotar la relevancia del punto específico).

“Las expresiones **‘a partir de su entrada en vigencia’**, **‘los valores de los montos variables quedarán fijos a los valores vigentes a la fecha de la firma del presente documento’** y **‘hasta tanto no se expida y/o entre en vigencia el nuevo marco regulatorio relacionado con las contraprestaciones para la televisión por suscripción’**, denotan claramente una irretroactividad en el pacto de las obligaciones financieras del contrato.

“Es más, la CLÁUSULA CUARTA del Otro Sí No. 11 de 2016, referente precisamente al pago por COMPENSACIÓN, estableció de manera clara y expresa que el **‘Valor Riada no tendrá modificación alguna hasta tanto la ANTV no expida el cambio regulatorio’**, como puede verse de su simple lectura:

“‘CLÁUSULA CUARTA. - PAGO DE LA COMPENSACION’. EL CONCESIONARIO pagará el valor de compensación calculado como resultado de multiplicar el factor ‘Numero de Suscriptores Reportados Mensualmente por el CONCESIONARIO, por el factor de ‘Tarifa de Compensación, que para el año 2016 corresponde a

la suma de DOS MIL CIENTO CUARENTA Y UN PESOS CON DOCE CENTAVOS DE PESO (\$2.141,12). Valor Que no tendrá modificación alguna hasta tanto la ANTV no expida el cambio regulatorio. (...) (Subrayado, negrilla y resaltado fuera de texto).

“Nótese que en este caso tanto la cláusula cuarta como la sexta miradas omnicomprendivamente muestran con total claridad que no era posible aplicarle al concesionario **DIRECTV** una retroactividad en el pago de la compensación.

“A pesar de la claridad de pacto contractual, la **ANTV** emitió otro acto administrativo de carácter general, esta vez la Resolución No. 2174 de fecha 22 de diciembre de 2017, *‘Por la cual se actualiza el valor de compensación de las concesiones de televisión por suscripción’*.

“Como allí se lee, mediante dicha Resolución la **ANTV** *‘actualizó’* el valor de la tarifa de compensación, modificando con dicho acto administrativo de carácter general el valor de la contraprestación por compensación que **DIRECTV** liquidó y pagó al amparo de la *‘CLÁUSULA CUARTA. - PAGO DE LA COMPENSACION’* y *‘CLÁUSULA QUINTA. - FORMA DE PAGO DE LA COMPENSACIÓN’* del Otro Sí No. 11 de 2016.

“La **ANTV** dictó la citada Resolución No. 2174 de 2017 dándole efectos retroactivos a su decisión de actualizar el valor de la tarifa por **compensación**, en total contravía con el valor de tal ítem que las partes habían fijado en el Otro Sí No. 11 de 2016 conforme las citadas cláusulas **CUARTA** y **QUINTA**, desconociendo así no sólo lo pactado por las partes, sino interpretando indebidamente la Cláusula Sexta pues la misma no preveía la posibilidad de efectuar cambios con efectos retroactivos, sino, en gracia de discusión, modificaciones de las cargas económicas a futuro”.

Luego de leer detenidamente las cláusulas CUARTA y SEXTA del Otrosí No. 11 de 2016, mediante el cual se prorrogó el Contrato No. 057 de 1996, este Tribunal coincide con las apreciaciones de la convocante sobre la interpretación que debe tener esa cláusula SEXTA. En esta cláusula se dijo que “los montos variables”, entre los que estaba la compensación de las cláusulas CUARTA y QUINTA, “quedarán fijos a los valores vigentes a la fecha de la firma del presente hasta tanto no se expida y/o entre en vigencia el nuevo marco regulatorio relacionado con las contraprestaciones para la televisión por suscripción”, y como este “nuevo marco regulatorio” fue expedido el 26 de octubre de 2016, cuando vio la luz la Resolución de la ANTV No. 1813 de 2017, que de acuerdo a su artículo 13 solo entraría a regir “a partir del 1º de noviembre de 2017”, no podía la ANTV cobrar al Concesionario la compensación aplicando el “nuevo marco regulatorio” a periodos anteriores al 1º de noviembre de 2017, sin embargo, lo hizo, luego de expedir la Resolución No. 2174 del 22 de diciembre de 2017 que, en sus dos primeros artículos dispuso:

“Artículo 1º. Fijar el valor de la tarifa de compensación que deben pagar los concesionarios del servicio de televisión por suscripción para la vigencia del año 2017, es la suma de dos mil doscientos tres pesos con cuarenta y cinco centavos de pesos (\$2.203,45) moneda corriente.

“Artículo 2º. El valor de la tarifa de compensación fijado en el presente acto administrativo rige desde el 1º de enero de 2017 hasta la entrada en vigencia del nuevo Régimen de Contraprestaciones del Servicio de Televisión por Suscripción (Resolución número 1813 del 26 de octubre de 2017)” (subrayas fuera de texto).

Adicionalmente, la cláusula CUARTA del Otrosí No. 11 de 2016 reafirma la validez de la interpretación defendida por la convocante y compartida por este Tribunal, habida cuenta que en ella las partes consensuaron que el valor de la compensación “no tendrá modificación alguna hasta tanto la ANTV no expida el cambio regulatorio”.

4.1.4.2 EL TRIBUNAL NO ES COMPETENTE PARA PRONUNCIARSE SOBRE LA LEGALIDAD DE LA RESOLUCIÓN No. 2174 DE 2017 PERO SÍ PARA PRONUNCIARSE SOBRE SU CONSTITUCIONALIDAD EN APLICACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Como antes se indicó, los árbitros, de conformidad con la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa, no son competentes para pronunciarse sobre la legalidad de actos administrativos de carácter general, como la Resolución de la ANTV No. 2174 de 2017, luego, este Tribunal Arbitral, no tiene la competencia para entrar a enjuiciar la legalidad de esa resolución, siendo la jurisdicción contencioso-administrativa la competente para resolver este asunto, no obstante, las autoridades judiciales, incluyendo a los árbitros, si están habilitados para aplicar la denominada excepción de inconstitucionalidad, siempre y cuando se cumplan los requisitos para ello. En consecuencia, este Tribunal analizará a continuación si es procedente en este caso aplicar la excepción de inconstitucionalidad, no para declarar la nulidad de la Resolución No. 2174 de 2017 por algún vicio de ilegalidad, sino para determinar si en este caso puede dejar de aplicarse para no violentar el orden constitucional.

4.1.4.3 GENERALIDADES DE LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

4.1.4.3.1 Fundamento constitucional de la excepción de inconstitucionalidad

La excepción de inconstitucionalidad se fundamenta en el artículo 4º de la Constitución, el cual señala:

“La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

4.1.4.3.2 Definición de la excepción de inconstitucionalidad

El Consejo de Estado ha definido la excepción de inconstitucionalidad de la siguiente manera:

“La figura de la excepción de inconstitucionalidad es un instrumento establecido por el artículo 4º de la Constitución Política, cuya aplicación se alega para que en caso de presentarse contradicción entre una norma de rango legal y otra de rango constitucional, se aplique esta última, con el fin de preservar las garantías constitucionales, que sólo procede para resolver casos o situaciones concretas o subjetivas, de modo que quien la hace efectiva es la autoridad que conoce del

correspondiente caso y sus efectos, por consiguiente, son subjetivos o interpartes”⁸.

4.1.4.3.3 Regulación de la excepción de inconstitucionalidad en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

En el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, el artículo 148 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) dispone:

“ARTÍCULO 148. CONTROL POR VÍA DE EXCEPCIÓN. En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, inaplicar con efectos interpartes los actos administrativos cuando vulneren la Constitución Política o la ley.

“La decisión consistente en inaplicar un acto administrativo sólo producirá efectos en relación con el proceso dentro del cual se adopte”.

4.1.4.3.4 Finalidad de la excepción de inconstitucionalidad

Sobre la finalidad de la excepción de inconstitucionalidad la Corte Constitucional ha expresado:

“La excepción de inconstitucionalidad se erige a partir del artículo 4º de la Constitución Política que establece que, cuando existen normas contrarias a la Constitución, se emplearan las medidas contenidas en la Carta Política debido a su superioridad jerárquica.

“Esta Corporación ha sido enfática en que se trata de una facultad-deber que tienen las autoridades para inaplicar una norma y en su lugar hacer efectiva la Constitución, consolidándose como una suerte de control de constitucionalidad difuso. Sobre este aspecto, la jurisprudencia constitucional ha definido que *‘es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales’*. En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política”⁹.

“En este sentido consiste en una eficaz herramienta jurídica-política de protección al principio de supremacía constitucional, garantizando (en el caso concreto) su jerarquía y materialidad dentro del sistema de fuentes del derecho”¹⁰.

⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Primera, sentencia del 11 de noviembre de 2010, radicación No. 66001-23-31-000-2007-00070-01. Consejera ponente: María Elizabeth García González.

⁹ Sentencia SU-132 de 2013.

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-681 de 2016. Magistrado ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

4.1.4.3.5 Las autoridades públicas no solo tienen la facultad de aplicar la excepción de inconstitucionalidad sino el deber de aplicarla cuando hay lugar a ello

Si una autoridad pública encuentra que es procedente la aplicación de una excepción de inconstitucionalidad, tiene el deber de aplicarla. Sobre el particular la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha anotado:

“... siempre que un juez se encuentra ante una norma que contraría lo estipulado por la Constitución, éste tiene el deber de inaplicar dicha norma bajo la excepción de inconstitucionalidad realizando un trabajo argumentativo en el cual determine claramente que el contenido normativo de la regla resulta contrario a la Constitución Política”¹¹.

4.1.4.3.6 La aplicación de la excepción de inconstitucionalidad solo tiene efectos *inter partes*

Refiriéndose a los efectos *inter partes* de la excepción de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional ha dicho:

“... se debe subrayar que la norma legal o reglamentaria que haya sido exceptuada por inconstitucional no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida ya que los efectos del control por vía de excepción son *inter partes*, solo se aplican para el caso concreto y no anulan en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución.

“2.3 Por este hecho una norma que haya sido exceptuada por cualquier autoridad judicial, administrativa o por un particular cuando tenga que aplicar una norma, puede ser demandada ante la Corte Constitucional que ejercerá el control de constitucionalidad y decidirá en forma definitiva, de manera abstracta, general y con efectos *erga omnes* si la norma exceptuada es constitucional o no”¹².

4.1.4.3.7 La excepción de inconstitucionalidad puede ser aplicada por los jueces, las autoridades administrativas e incluso los particulares

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dejado en claro que puede ser aplicada por autoridades administrativas e incluso particulares, al advertir:

“... hay que tener en cuenta que el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto”¹³.

4.1.4.3.8 La excepción de inconstitucionalidad puede ser aplicada respecto de leyes y actos administrativos

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido que la excepción de inconstitucionalidad puede aplicarse tratándose de actos administrativos:

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia SU-132 de 2013. Magistrado ponente: Alexei Julio Estrada.

¹² CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-122 de 2011. Magistrado ponente: Juan Carlos Henao Pérez.

¹³ *Ibidem*.

“... partiendo de la premisa de que cualquier autoridad debe dar aplicación prevalente a las normas constitucionales sobre cualesquiera otras que resulten contrarias a ellas, de igual manera puede y debe inaplicar disposiciones contenidas en actos administrativos de cualquier índole, cuando contradicen a aquellas otras que les son superiores jerárquicamente”¹⁴.

4.1.4.3.9 La excepción de inconstitucionalidad puede ser aplicada de oficio o a petición de parte

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dejado en claro que la excepción de inconstitucionalidad puede ser aplicada de oficio o a petición de parte, al señalar:

“... como ha quedado explicado en los fundamentos anteriores de esta providencia, la aplicación oficiosa de la excepción de inconstitucionalidad no da origen, por este sólo hecho, a una vía de hecho judicial.

“En efecto, dentro del proceso el juez únicamente está impedido para declarar aquéllas excepciones que deben ser alegadas por las partes - en tanto que responde a intereses particulares renunciables¹⁵-, no así para aquéllas que la misma ley o la Constitución le ordenan tener en cuenta oficiosamente para la protección de ciertos bienes jurídicos¹⁶. Así, frente a las excepciones de oficio que la ley ordena declarar al juez, los sujetos procesales no pueden declararse sorprendidos ni pueden alegar la violación de su derecho de defensa, pues se trata de asuntos que por la materia de que se trata forman parte de la relación procesal “y, en consecuencia, saben las partes desde el momento en que aquélla se constituyó, que tales cuestiones son objeto de debate”¹⁷.

“En esa medida, si la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad se ha hecho dentro de los parámetros constitucionales, la parte afectada no puede argumentar que su declaración oficiosa o el efecto desfavorable que ello le trae constituye *per se* una violación de un derecho fundamental.

“En suma, dado que la excepción de inconstitucionalidad no exige necesariamente que su aplicación haya sido solicitada por una de las partes dentro del proceso, en tanto que es una obligación del funcionario judicial declararla si la encuentra probada, la Corte concluye

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, sentencia del 16 de febrero de 2017, radicación No. 68001-23-31-000-2006-02724-01(0296-13). Consejero ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas.

¹⁵ El artículo 305 del Código de Procedimiento Civil dispone: “La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley”. Por su parte, el Código Contencioso Administrativo parece ser aún más amplio al disponer: “En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquier otra que el fallador encuentre probada” (Art. 164).

¹⁶ Aquí no se encuentra únicamente la excepción de inconstitucionalidad. También en otros órdenes, por motivos de orden público o de interés general, la ley ha establecido situaciones que obligan un pronunciamiento oficioso del juez aún frente al silencio o la oposición de las partes. Véase por ejemplo, la declaratoria oficiosa de nulidad absoluta en los contratos privados o estatales, la provisión oficiosa de alimentos a favor de los hijos en casos de nulidad del matrimonio civil, etc.

¹⁷ MORALES Molina Hernando. Curso de Derecho Procesal. Octava Edición, 1983.

que para el caso concreto los jueces accionados no violaron el debido proceso del accionante por la aplicación oficiosa de la excepción de inconstitucionalidad”¹⁸.

4.1.4.4 ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN No. 2174 DE 2017 Y LA APLICACIÓN DE OFICIO DE LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN RELACIÓN CON ELLA

En el presente caso, las partes, la **ANTV** como entidad contratante, y **DIRECTV COLOMBIA LTDA.** como Concesionario, al prorrogar el Contrato No. 057 de 1996 mediante Otrosí No. 11 de 2016, acordaron en la cláusula CUARTA que el valor de la denominada “compensación” “no tendrá modificación alguna hasta tanto la ANTV no expida el cambio regulatorio”, y lo mismo acordaron en la cláusula SEXTA en la que se dijo que “los montos variables”, como la “compensación”, “quedarán fijos a los valores vigentes a la fecha de la firma del presente hasta tanto no se expida y/o entre en vigencia el nuevo marco regulatorio relacionado con las contraprestaciones para la televisión por suscripción”. Tiempo después la **ANTV**, ya no como entidad contratante sino en el papel de regulador del servicio de televisión por suscripción, expidió la Resolución No. 2174 del 22 de diciembre de 2017 fijando una nueva tarifa de compensación (artículo 1º) y disponiendo que esta nueva tarifa rigiera a partir del 1º de enero de 2017, lo que le sirvió a la **ANTV** para asumir nuevamente su condición de entidad contratante en el Contrato No. 057 de 1996 y cobrar al Concesionario, **DIRECTV COLOMBIA LTDA.**, la nueva tarifa de compensación fijada en esa resolución y de forma retroactiva hasta el 1º de enero de 2017.

A la luz de estos hechos, considera el Tribunal que a partir de la firma del Otrosí No. 11 de 2016, que prorrogó el Contrato No. 057 de 1996, el Concesionario adquirió el derecho a continuar pagando la tarifa por compensación que venía pagando, hasta que la **ANTV** expidiera el “nuevo marco regulatorio” y como este “nuevo marco regulatorio fue el establecido en la Resolución de la **ANTV** No. 1813 de 2017, que según su artículo 13 entró a regir “a partir del 1º de noviembre de 2017”, hasta esta fecha se extendió ese derecho adquirido del Concesionario consistente en pagar la tarifa de compensación que estaba vigente cuando se firmó el Otrosí No. 11 para prorrogar el Contrato (11 de noviembre de 2016).

Puede ser entonces que la **ANTV**, como regulador del servicio de televisión, estableciera en la Resolución No. 2174 del 22 de diciembre de 2017 una nueva tarifa de compensación para todos los concesionarios que prestaban ese servicio, e incluso dispusiera que todos ellos debían asumir retroactivamente el pago de esa compensación hasta el 1º de enero de 2017, sin embargo, en el caso particular del Concesionario, **DIRECTV COLOMBIA LTDA.**, no era procedente que, como entidad contratante, le aplicara sin más la Resolución No. 2174 de 2017 y le cobrara retroactivamente la nueva tarifa de compensación hasta el 1º de enero de 2017, pues ese Concesionario ya tenía un derecho adquirido consistente en pagar la tarifa de compensación vigente al momento de firmarse el Otrosí No. 11 del 11 de noviembre de 2016, desde esta fecha hasta el 1º de noviembre de 2017, cuando a entró a regir el “nuevo marco regulatorio” contenido en la Resolución 1813 de 2017.

Así las cosas, este Tribunal no cuestiona que la **ANTV**, como entidad contratante, podía acordar con el Concesionario **DIRECTV COLOMBIA**

¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-807 de 2007. Magistrada ponente (e): Catalina Botero Marino.

LTDA. la prórroga del Contrato No. 057 de 1996, incluyendo las cláusulas CUARTA y SEXTA, ni tampoco cuestiona que, como regulador del servicio de televisión por suscripción, expidiera las Resoluciones Nos. 1813 y 2174 de 2017, pero lo que sí le cuestiona es que, a pesar del derecho adquirido por el Concesionario en virtud de las cláusulas CUARTA y SEXTA del Otrosí de prórroga, consistente en pagar la misma tarifa de compensación desde la fecha de la prórroga, 11 de noviembre de 2016, hasta el 1º de noviembre de 2017, como entidad contratante le cobró retroactivamente hasta el 1º de enero de 2017 la nueva tarifa establecida por ella misma en la Resolución No. 2174 de 2017, desconociendo de esta manera ese derecho adquirido del Concesionario y, de paso, incumpliendo esas cláusulas CUARTA y SEXTA que ella misma había consentido.

Ahora bien, confrontando estas actuaciones de la **ANTV** con el ordenamiento constitucional, encuentra el Tribunal una evidente trasgresión del artículo 58 de la Constitución, por haber desconocido la **ANTV** la situación jurídica previamente consolidada del Concesionario, en virtud de la cual no se le podía cobrar una nueva tarifa por compensación a partir del 1º de enero de 2017 sino a partir del 1º de noviembre de 2017, cuando entró en vigencia el “nuevo marco regulatorio” contenido en la Resolución 1813 de 2017.

El artículo 58 de la Constitución, que fue modificado por el artículo 1o. del Acto Legislativo 1 de 1999, establece:

“Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores”.

En el presente caso, la **ANTV**, al suscribir con el Concesionario, **DIRECTV COLOMBIA LTDA.**, la prórroga del Contrato No. 057 de 1996, estuvo de acuerdo en que este pagara la misma tarifa por compensación hasta que se expidiera “el nuevo marco regulatorio” (cláusulas CUARTA y SEXTA), lo que ocurrió el 1º de noviembre de 2017, pero a pesar de haber concedido este derecho al Concesionario, posteriormente expidió la Resolución No. 2174 de 2017, fijando una nueva tarifa por compensación para los concesionarios del servicio de televisión por suscripción y permitiéndose a sí misma cobrarla retroactivamente a partir del 1º de enero de 2017, resolución que luego aplicó al Concesionario del Contrato No. 057 de 1996, **DIRECTV COLOMBIA LTDA.**, sin reparar en que este ya tenía un derecho adquirido, en virtud del cual no podía cobrarle la nueva tarifa por compensación por periodos anteriores al 1º de noviembre de 2017. La **ANTV**, entonces, al utilizar la Resolución No. 2174 de 2017 para cobrar al Concesionario **DIRECTV COLOMBIA LTDA.** la tarifa por compensación, de forma retroactiva a partir del 1º de enero de 2017, vulneró un derecho adquirido que este tenía y que ella misma le había concedido, lo que sin lugar a dudas constituyó una infracción al artículo 58 de la Constitución el cual prohíbe que “derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles”, sean desconocidos o vulnerados por leyes posteriores.

Adicionalmente, la Constitución, en su artículo 83, consagra el principio de buena fe en los siguientes términos:

“ARTICULO 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”.

Para este Tribunal, también es evidente que el proceder de la **ANTV** en cuanto al cobro retroactivo de la tarifa por compensación, quebrantó el principio constitucional de buena fe consagrado en el artículo 83 de la Constitución. Al acordar la prórroga del Contrato No. 057 de 1996, la **ANTV** dio su consentimiento para que el Concesionario continuara pagando la misma tarifa por compensación hasta que se expidiera “el nuevo marco regulatorio”, compromiso que por el principio de buena fe debía respetar, no obstante, con posterioridad expidió la Resolución 2174 de 2017 fijando una tarifa por compensación aplicable a partir del 1º de enero de 2017, y haciendo caso a lo que ya había pactado con el Concesionario cuando prorrogó dicho contrato, le aplicó esa resolución para cobrarle retroactivamente la compensación desde el 1º de enero de 2017, siendo que no podía cobrársela para periodos anteriores al 1º de noviembre de 2017 porque en esta fecha fue cuando entró a regir “el nuevo marco regulatorio” contenido en la Resolución 1813 de 2017.

4.1.4.5 RAZONES POR LAS CUALES, EN EL PRESENTE CASO, RESULTA PROCEDENTE LA INAPLICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN No. 2174 DE 2017 EXPEDIDA POR LA ANTV CON FUNDAMENTO EN LA FIGURA DE EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

A modo de resumen, se expondrá las razones por las cuales el Tribunal considera que, en el presente caso, cabe la figura de la excepción de inconstitucional para no aplicar la Resolución 2174 de 2017 expedida por la **ANTV**:

- El Tribunal, como cualquier otra autoridad que ejerce una función pública, no solo tiene la facultad sino el deber de aplicar la excepción de inconstitucionalidad cuando hay mérito para ello.
- La Resolución No. 2174 de 2017 es un acto administrativo respecto del cual es procedente la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad.
- La convocante no solicitó la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad respecto de la Resolución No. 2174 de 2017, sin embargo, puede aplicarse de oficio.
- El Tribunal considera que, en el presente caso, la aplicación de la Resolución 2174 de 2017 al Contrato No. 057 de 1996 suscrito entre la **ANTV** y **DIRECTV COLOMBIA LTDA.**, vulneraría derechos adquiridos de este último.
- El artículo 58 de la Constitución prohíbe la vulneración de derechos adquiridos por leyes posteriores.
- El Tribunal considera procedente no aplicar en el presente caso la Resolución No. 2174 de 2017 para evitar una infracción flagrante del artículo 58 de la Constitución.
- La **ANTV**, cuando pactó la prórroga del Contrato No. 057 de 1996 se comprometió con el Concesionario a mantenerle la misma tarifa por compensación hasta la expedición del “nuevo marco regulatorio”, lo que ocurrió el 1º de noviembre de 2017.

- El artículo 83 de la Constitución prescribe que las actuaciones de las autoridades públicas deben “ceñirse a los postulados de la buena fe”.

- La **ANTV** expidió la Resolución 2174 de 2017 y con fundamento en esta resolución le cobró al Concesionario **DIRECTV COLOMBIA LTDA.** una nueva tarifa por compensación, de forma retroactiva a partir del 1º de enero de 2017.

- Para este Tribunal, la **ANTV** faltó a su deber de actuar de buena fe, como se lo exigía el artículo 83 de la Constitución, al aplicar la Resolución 2174 de 2017 para cobrar retroactivamente a partir del 1º de enero de 2017, la tarifa por compensación del Contrato No. 056 de 1996, a pesar de haber acordado con el concesionario de este contrato, **DIRECTV COLOMBIA LTDA.**, que le mantendría la misma tarifa por compensación desde la fecha en que se firmó la última prórroga, 11 de noviembre de 2016, hasta el 1º de noviembre de 2017, cuando entró a regir el “nuevo marco regulatorio”.

- El Tribunal considera procedente no aplicar en el presente caso la Resolución No. 2174 de 2017, habida cuenta que su aplicación conllevaría una flagrante violación del principio de buena fe consagrado en el artículo 83 de la Constitución.

4.1.4.6 DECISIÓN DEL TRIBUNAL EN RELACIÓN CON LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Si bien en el presente caso se presentaba una contradicción entre las cláusulas CUARTA y SEXTA del Otrosí No. 11 de 2016, según las cuales el Concesionario solo pagaría una nueva tarifa por compensación a partir del 1º de noviembre de 2017, y la Resolución 2174 de 2017, que establecía el pago de esa nueva tarifa a partir del 1º de enero de 2017, la decisión de este Tribunal de no aplicar esta resolución con fundamento en la figura de la excepción de inconstitucionalidad, implica dar plena validez a dichas cláusulas e interpretar, como lo solicitó el convocante en su cuarta pretensión principal, que la **ANTV**, de acuerdo con la cláusula SEXTA del Otrosí No. 11 de 2016, no podía cobrarle retroactivamente la compensación, a partir del 1º de enero de 2017.

4.1.5 En relación con la primera pretensión subsidiaria de la cuarta pretensión principal

Al haber prosperado la cuarta pretensión principal, sería inocuo que el Tribunal se refiriera a una pretensión que es subsidiaria de aquella. En consecuencia, el Tribunal no hará pronunciamiento alguno en relación con la primera pretensión subsidiaria de la cuarta pretensión principal.

4.1.6 En relación con la pretensión quinta pretensión principal: condenar a la ANTV a restituir o devolver a DIRECTV COLOMBIA LTDA., los valores que tuvo que pagar por retroactividad en el pago de la compensación

Al haber comprobado este Tribunal que la **ANTV** no tenía por qué haber cobrado la compensación del Contrato No. 057 de 1996, retroactivamente a partir del 1º de enero de 2017, resulta lógico, como lo solicita la convocante en la pretensión quinta principal, condenar a la **ANTV** a restituirle los dineros que indebidamente le cobró por concepto de esa compensación.

Vale la pena anotar que para acreditar el pago de esos dineros, el convocante presentó los siguientes documentos:

- Formato de autoliquidación de fecha 24 de abril de 2018 presentado por **DIRECTV COLOMBIA LTDA.** ante la **ANTV**, por un valor total de “\$614.325.976”.
- “ESTADO DE CUENTA ACTUAL” expedido por la **ANTV** y dirigido a **DIRECTV COLOMBIA LTDA.**, con “Intereses Liquidados a abril 26/18”, en el que aparece un “CAPITAL EN MORA” de “614.325.976”, un “INTERÉS DE MORA” de “30.683.904” y un “TOTAL” de “645.009.880”.
- “COMPROBANTE DE PAGO” expedido por **BANCOLOMBIA**, “CONVENIO: 0000044704 AUTORIDAD NACIONAL DE TELEVISIÓN – ANTV”, por valor de “645.009.880”.

La **ANTV**, por su parte, no cuestionó estas pruebas documentales ni los valores que en ellos se mencionan. Este Tribunal condenará entonces a la **ANTV** a pagar a la convocante los \$645.009.880 que indebidamente le cobró por concepto de compensación.

4.1.7 En relación con la sexta pretensión principal: ordenar que todas las sumas a restituir se actualicen de acuerdo con el Índice de Precios al Consumidor (IPC), según lo establecido en el inciso 4º del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011

El Tribunal concederá la sexta pretensión principal, de conformidad con el inciso 4º del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, que dice: “Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el Índice de Precios al Consumidor”.

4.1.8 En relación con la séptima pretensión principal: condenar a la ANTV a pagar las costas, gastos y honorarios

Teniendo en cuenta que en este proceso ambas partes fueron vencidas, la parte convocante en sus pretensiones principales primera, segunda y tercera, y la parte convocada en la cuarta pretensión principal, el Tribunal se abstendrá de imponer condena en costas.

4.2 EN RELACIÓN CON LAS EXCEPCIONES PLANTEADAS EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

4.2.1 En relación con la excepción de pleito pendiente

Lo primero que debe decirse es que la excepción de pleito pendiente no es una excepción de mérito sino una excepción previa (numeral 8º del artículo 100 del Código General del Proceso) y al ser una excepción previa, que es un tipo de excepción que no busca desvirtuar las pretensiones de una demanda sino corregir deficiencias o irregularidades procedimentales, lo más lógico habría sido plantearla en un recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda y así evitar que, en caso de prosperar, se adelantara inútilmente la totalidad del proceso. En todo caso, este Tribunal observa que no se cumplen los requisitos exigidos jurisprudencialmente para terminar el proceso por pleito pendiente.

Sobre el tema del pleito pendiente, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha explicado:

“2. Cosa juzgada y pleito pendiente

“Como un desarrollo del principio procesal de la *seguridad jurídica*, así como del principio constitucional del *non bis in ídem*, el ordenamiento prevé la configuración de los fenómenos de la *cosa juzgada* –prevista en la Ley 1437 de 2011 como excepción mixta- y el *pleito pendiente* – establecida como excepción previa en el Código General del Proceso-. Ambas figuras se encaminan a evitar la duplicidad de demandas y de litigios judiciales sobre un mismo punto de controversia entre las mismas partes, ya que ello podría derivar en la expedición de dos sentencias contradictorias sobre un idéntico asunto.

“La diferencia esencial entre la cosa juzgada y el pleito pendiente radica en la simultaneidad o no de los dos procesos en los cuales se haya controvertido el mismo derecho en litigio. Así, mientras la *cosa juzgada* surge cuando la actuación anterior ya finalizó con sentencia de mérito debidamente ejecutoriada, el *pleito pendiente* procede como excepción previa cuando el otro trámite judicial aún se encuentra en curso y no ha sido decidido de fondo, de manera definitiva o irreversible, por el juez que lo esté conociendo. Por lo demás, ambas instituciones procesales presentan los mismos supuestos, esto es, que entre los dos procesos exista i) identidad de causa, ii) identidad de objeto y, por último, iii) identidad de partes.

“ ...

“..., la ley procesal consagra la figura del **pleito pendiente**, medio de defensa previsto como *excepción previa* en el artículo 100 del C.G.P., y cuyo fin consiste en evitar, precisamente, la existencia contradictoria del fenómeno de la cosa juzgada en dos o más procesos entre las mismas partes con identidad de causa y pretensiones.

“En ese sentido la doctrina ha expuesto lo siguiente:

“Cuando entre unas mismas partes y por idénticas pretensiones se tramita un juicio que aún no ha finalizado y se promueve otro, surge la posibilidad de proponer la excepción llamada de litispendencia, la cual, como dice la corte, se propone ‘evitar dos juicios paralelos y con el grave riesgo de producirse sentencias contradictorias’ (Corte Suprema de Justicia, auto, junio 10 de 1940, G.J. t. XLIC, pág. 708).

“Ciertamente, el legislador quiere que las controversias que se sometan a la decisión de la justicia únicamente sean objeto de un solo trámite por parte de la rama judicial, y por lo mismo *no es jurídicamente posible que se adelanten dos juicios entre unas mismas partes y con idénticas pretensiones.* (...)

“En efecto, es necesario que los dos procesos estén en curso, es decir, que no haya terminado ninguno de ellos, pues si tal cosa ha ocurrido respecto de uno de ellos, la excepción ya no es previa sino perentoria y se denomina cosa juzgada. Las partes deben ser unas mismas, porque si hay variación de alguna de ellas, ya no

existirá el pleito pendiente; las pretensiones del actor deben ser idénticas a las presentadas en otro juicio, porque si son diferentes, así las partes fueren unas mismas tampoco estaríamos ente pleito pendiente, como igualmente no lo habría si los hechos son diversos por cuanto significaría lo anterior que varió la causa que determinó el segundo proceso.

“... para que haya pleito pendiente los requisitos antedichos tienen que ser concurrentes, o sea, deben darse simultáneamente los cuatro”¹⁹ (Se destaca)”²⁰.

De acuerdo con lo anterior, uno de los requisitos del pleito pendiente es la “identidad de objeto” entre dos procesos, requisito que no se cumple entre este proceso arbitral y alguno de los otros dos procesos que la convocante adelanta ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Nótese que en estos procesos la convocante ejerció una acción de nulidad y restablecimiento del derecho. En el radicado con el número 25000-23-41-000-2018-00416-00, dirigió esta acción contra varios artículos de la Resolución No. 1813 de 2017, expedida por la **ANTV**, mientras que en el proceso radicado con el número 25000-23-41-000-2018-00765-00, dirigió la misma acción contra la Resolución No. 2174 de 2017, también expedida por la **ANTV**, luego, si en estos procesos se está debatiendo la nulidad de esos actos administrativos, no puede haber identidad de objeto con este proceso, pues este Tribunal, como ya lo puso de presente en este laudo y, anteriormente, en el Auto No. 16 de fecha 27 de enero de 2020, no tiene competencia alguna para pronunciarse sobre nulidades de actos administrativos de carácter general, como las resoluciones mencionadas.

Por otro lado, en la demanda que dio lugar a este proceso arbitral, sí se solicitaron nulidades (pretensiones principales primera y tercera), pero no de actos administrativos sino de cláusulas contractuales, específicamente de las cláusulas CUARTA, QUINTA y SEXTA del Otrosí No. 11 del Contrato No. 057 de 1996, nulidades contractuales que no fueron solicitadas por la convocante en las demandas que presentó ante la jurisdicción contencioso administrativa y respecto de las cuales este Tribunal sí tiene competencia.

Finalmente, hay que decir que si DIRECTV COLOMBIA LTDA. hubiera presentado ante este Tribunal Arbitral las mismas pretensiones que tramita ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el proceso número 25000-23-41-000-2018-00416-00 o en el proceso número 25000-23-41-000-2018-00765-00, este proceso habría terminado prematuramente, pero no por pleito pendiente sino por falta de competencia de este Tribunal para resolver las pretensiones.

Al no ser idénticas las pretensiones de este proceso arbitral y las pretensiones que van a resolverse en los procesos que la convocante adelanta ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, no se cumple el requisito de “identidad de objeto”, por lo cual este Tribunal declarará no probada la excepción de pleito pendiente.

¹⁹ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. “Procedimiento Civil, Parte general”, pág. 190. Editorial Dupré, Bogotá, 2004.

²⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, sentencia del 16 de febrero de 2017, radicación No. 68001-23-31-000-2006-02724-01(0296-13). Consejero ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas.

4.2.2 En relación con la excepción de ilegalidad de la pretensión. Las prórrogas de los contratos en el Estado colombiano no son gratuitas y deben obedecer al cumplimiento de los fines estatales

Después de citar los artículos 3º y 40 de la Ley 80 de 1993, que hacen alusión al “cumplimiento de los fines estatales” como uno de los fines de la contratación estatal, el artículo 27 de la Ley 1150 de 2007 que prohíbe las prórrogas automáticas o gratuitas de los contratos de concesión para la prestación de servicios de telecomunicaciones y de televisión, y jurisprudencia del Consejo de Estado en la que se señala “que todas las obligaciones que nacen de un contrato de carácter estatal están sometidas al orden público económico y a la satisfacción de los intereses generales”, la excepcionante alega:

“De acuerdo con los postulados legales y jurisprudenciales previamente citados, si bien la prórroga del Contrato 057 de 1996 nació de la autonomía de la voluntad, la interpretación con fines aplicativos de sus obligaciones debe estar dirigida al cumplimiento de los fines estatales y ser acorde con el orden jurídico colombiano. De suerte que, toda interpretación en un sentido contrario al mismo no puede ser de recibo.

“En consecuencia, la interpretación sugerida por DIRECTV respecto de la prórroga al contrato 057 de 1996, llevaría a desdibujar la obligación primigenia y original de mantener actualizada la fórmula de remuneración, y, con ello, lastimar injustificadamente el patrimonio público”.

Y después de citar otra jurisprudencia del Consejo de Estado, agrega:

“Desde la óptica que nos ofrece la jurisprudencia del Consejo de Estado, arribar a una conclusión como la que propone DIRECTV, llevaría a la situación de admitir una prórroga de un contrato estatal parcialmente gratuita, clasificación que no es admisible dentro marco jurídico que gobierna la gestión fiscal en el derecho colombiano, desdibuja la esencia de las obligaciones primigenias a cargo del operador y, por ello, la ANTV se ratifica en la aplicación de la resolución 2174 de 2017, por la cual se actualiza el valor de la compensación, con lo cual, le asiste a DIRECTV la obligación de honrar lo pactado por medio del contrato 057 de 1996 y sus correspondientes prórrogas y otrosíes”.

Del contenido de la excepción, el Tribunal entiende que la excepcionante se opone a las interpretaciones defendidas por la convocante, **DIRECTV COLOMBIA LTDA.**, porque, de ser aceptadas, la prórroga en el Otrosí No. 11 de 2016 terminaría siendo gratuita, violando el artículo 27 de la Ley 1150 de 2007 y dejando en entredicho la finalidad del contrato prorrogado, es decir, el Contrato No. 057 de 1996, que como todo contrato estatal debe estar dirigido al cumplimiento de los fines estatales.

Para resolver esta excepción resulta pertinente recordar que en el Otrosí No. 11 de 2016, mediante el cual se prorrogó el Contrato No. 057 de 1996, se estipularon varios pagos del Concesionario a la **ANTV**, siendo estos los siguientes: el componente fijo del “VALOR DE LA PRÓRROGA” (cláusulas SEGUNDA y TERCERA), el componente variable del “VALOR DE LA PRÓRROGA” (cláusulas SEGUNDA y TERCERA) y el valor de la “COMPENSACIÓN”, que era variable (cláusulas CUARTA y QUINTA). Todas

las interpretaciones de la convocante tuvieron que ver con este pago de la “COMPENSACIÓN”, no con el componente fijo del “VALOR DE LA PRÓRROGA” ni el componente variable del “VALOR DE LA PRÓRROGA”, y si la convocante no cuestionó ni el componente fijo ni el componente variable del “VALOR DE LA PRÓRROGA”, no había razón para que la convocada excepcionara, alegando que la prórroga terminaría siendo gratuita y violaría el artículo 27 de la Ley 1150 de 2011, si el Tribunal aceptaba alguna de las interpretaciones de la convocante.

Por otro lado, en este laudo arbitral el Tribunal ha aceptado como válida la interpretación del convocante en relación con la cláusula SEXTA del Otrosí No. 11 de 2016, pero a pesar de esto, tendrá que continuar pagando tanto el “VALOR DE LA PRÓRROGA” como la “COMPENSACIÓN”.

Por lo expuesto, el Tribunal declarará no probada esta segunda excepción.

4.2.3 En relación con la excepción “*venire contra factum proprium non valet*”

Al proponer esta excepción la convocada manifestó:

“... dado que la Ley expresamente prohíbe las prórrogas gratuitas, y que DIRECTV no puede alegar desconocer la ley, está probada nuestra excepción de que la parte actora va en contra de sus propios actos, pues al celebrar el Otrosí 11, cuyo fundamento legal especialmente aplicable es el artículo 27 de la Ley 1150 de 2007, DIRECTV sabía que las obligaciones económicas señaladas a su cargo de conformidad con el Contrato 057 de 1996, se sometieron a un hecho futuro, verificable al expedir el nuevo régimen regulatorio, luego conocía de la condición y sus efectos jurídicos, incluyendo, el que al tratarse de un acto declarativo, pues la obligación ya estaba constituida en el Contrato 057 de 1996, los efectos del mismo cobijarían el período de tiempo transcurrido entre la celebración de la prórroga y el momento de entrada en vigencia de la nueva regulación que actualizó las tarifas fija y variable por compensación”.

Como vemos, la excepcionante acusa a la convocante de haber ido en contra de sus propios actos porque celebró el Otrosí No. 11 de 2016 aceptando que posteriormente las tarifas se actualizaran y se le aplicaran retroactivamente al “periodo de tiempo transcurrido entre la celebración de la prórroga y el momento de entrada en vigencia de la nueva regulación”, acusación a la que este Tribunal no da credibilidad.

Como ya se expuso en este laudo, el Tribunal determinó que la **ANTV**, al suscribir el Otrosí No. 11 de 2016, permitió al Concesionario en la cláusula SEXTA pagar la misma tarifa por compensación desde la suscripción del otrosí (11 de noviembre de 2016) hasta la entrada en vigencia del “nuevo marco regulatorio” (1º de noviembre de 2017), pero después, yendo contra su propio acto, decidió cobrar retroactivamente al Concesionario la nueva tarifa por compensación fijada en la Resolución 2174 de 2017, a partir del 1º de enero de 2017. Fue entonces la **ANTV**, y no la convocante, la que fue contra sus propios actos.

En consecuencia, esta tercera excepción también se declarará no probada.

4.2.4 En relación con la excepción de falta de jurisdicción arbitral para revisar actos fruto de funciones excepcionales o ajenas al derecho común.

La excepcionante propuso esta excepción de la siguiente manera:

“De acuerdo a la narrativa de los hechos que hace la parte demandante, su alegación principal es que la ANTV debió agotar un debido proceso contractual para emitir los actos por medio de los cuales se actualizaría la fórmula remuneratoria del contrato. Si el argumento de la parte convocante fuere cierta, las Resoluciones 1813 y 2174 vendrían a ser actos de modificación unilateral del contrato de concesión, razón por la cual la jurisdicción arbitral no sería el foro adecuado para conocer y decidir de esta controversia por tratarse de actos ajenos al derecho común”.

Interpreta el Tribunal que la convocada propone esta excepción para defender que este proceso no es “el foro adecuado para conocer y decidir” alguna controversia sobre las Resoluciones de la **ANTV** Nos. 1813 y 2174 de 2017.

Al respecto este Tribunal reconoce que no sería competente para resolver controversias sobre la legalidad de actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales o ajenas al derecho común, o de carácter general, como las resoluciones mencionadas que, sin ser actos administrativos contractuales, afectan el contrato, sin embargo, se olvida la excepcionante que cualquier autoridad judicial, como lo es este Tribunal Arbitral, puede llegar a inaplicar normas como esas o cualquier otra, así sea una ley, en virtud de la figura de la excepción de inconstitucionalidad, como ocurrió en este proceso.

Este Tribunal, entonces, desestimaré esta cuarta excepción y la declarará no probada.

5. PARTE RESOLUTIVA

En merito de lo expuesto, el Tribunal Arbitral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. DENEGAR las pretensiones principales de la demanda primera, segunda y tercera.

SEGUNDO. DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la convocada.

TERCERO. INHIBIRSE de resolver la primera pretensión subsidiaria de las pretensiones principales primera, segunda y tercera, por falta de competencia para hacerlo.

CUARTO. DECLARAR probada de oficio la excepción de inconstitucionalidad respecto de la Resolución No. 2174 de 2017 expedida por la **ANTV**, la cual solo tendrá efectos en el presente caso.

QUINTO. DECLARAR que la **ANTV**, hoy **MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES – MINTIC**, de acuerdo con la cláusula **SEXTA** del Otrosí No. 11 de 2016 del Contrato No. 057 de 1996, no podía cobrar retroactivamente la compensación, a partir del 1º de enero de 2017.

SEXTO. CONDENAR a la **ANTV**, hoy **MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES – MINTIC**, a pagar a **DIRECTV COLOMBIA LTDA.** la suma de **SEISCIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES NUEVE MIL OCHOCIENTOS OCHENTA PESOS (\$645'009.880)**.

SÉPTIMO. ORDENAR que la anterior suma de dinero se ajuste tomando como base el Índice de Precios al Consumidor.

OCTAVO. ABSTENERSE de imponer condena en costas en el presente proceso.

NOVENO. ORDENAR la distribución del saldo de honorarios, una vez ejecutoriada la presente providencia.

DÉCIMO. RÍNDANSE por la Presidencia del Tribunal las cuentas de rigor y procédase a la restitución a las partes de las sumas a que hubiere lugar, una vez terminado el proceso o decidido el recurso de anulación.

DECIMOPRIMERO. DISPONER que por Secretaría se expidan copias auténticas del presente laudo arbitral con destino a cada una de las partes, con las constancias de ley, y que se remita el expediente para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

La presente decisión se notifica en audiencia.



GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

Árbitro Presidente.

Aprobado por medios electrónicos.



ÉDGAR EDUARDO CORTÉS PRIETO

Árbitro

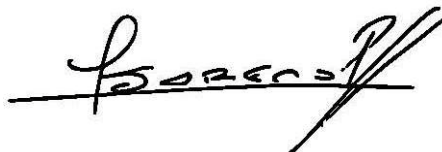
Aprobado por medios electrónicos.



SAMUEL YONG SERRANO

Árbitro

Aprobado por medios electrónicos.



LUIS FERNANDO SERENO PATIÑO

Secretario